

# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## فهرست مطالب

۳	بررسی شرط پرداخت دیون و هزینه‌های واقف از منافع موقوفه عبدالرضا اصغری و مصطفی حسینی و غلامرضا یزدانی و محمد حسینی
۲۳	تحلیل فقهی - حقوقی تسریع در اجرای حکم مدنی با تأکید بر اجرای موقت امیر انتظاری و رسول مقصدپور و سیدمحسن حسینی پویا و احمد تاجی
۵۱	حل و فصل مالی بانک‌ها و مؤسسات اعتباری متوقف «با نگاهی به طرح جامع بانکداری» احمد بیگی حبیب‌آبادی و حسین پاشایی
۸۱	اصل قابل استناد در موارد شک در امری یا تکمیلی بودن قاعده حقوقی با مطالعه تطبیقی در نظام حقوقی مصر بیژن حاجی‌عزیزی و حامد خسروی و یاسر خسروی
۱۰۹	بررسی مبانی و احکام معامله مال غیر در فقه امامیه، حقوق ایران و حقوق انگلستان حامد خوبیاری و سیدمحمدصادق طباطبایی و علیرضا آرش‌پور
۱۳۷	تصحیح فقهی ضمان تعلیقی؛ با رویکرد نقد مواد ۶۹۱، ۶۹۹ و ۷۰۰ قانون مدنی هادی خوش‌نقش و محمد ادیبی مهر
۱۶۳	تأثیر اعمال تحریم توسط کشورهای طرف موافقت‌نامه برجام در اجرای قراردادهای بالادستی بین‌المللی نفتی از دیدگاه نظام حقوقی ایران / فرهاد روهنی و سیدنصرالله ابراهیمی و مجتبی زاهدیان و سیدمحسن حسینی پویا
۱۹۱	نقد و تحلیل قول مشهور و قانون مدنی در بیع فضولی مبتنی بر قاعده «العقود تابعة للقصود» زینب سنجولی و محمدرضا کیخا
۲۱۵	بررسی قابلیت اذن در ایجاد حق برای مأذون / محمد صالحی مازندرانی و علی جوادیه کناره‌گیری حاکم در حقوق عمومی اسلام؛ پی‌جویی امکان، الزامات و اقتضائات
۲۳۹	حمیدرضا صفایی اوندری و سیدمحسن قائمی خرق بررسی فقهی ماهیت قرارداد اشتراک تلفن ثابت پس‌پرداخت
۲۶۱	محمد قنبرزاده و علی‌اکبر ایزدی‌فرد و سعید ابراهیمی بررسی فقهی - حقوقی نقش اراده در توافقات ابوین بر مسئله حضانت
۲۸۹	مجیدرضا کمالی بانایانی و داوود نصیران و سیدمحمدهادی مهدوی شرایط غیر مصرح صحت و اعتبار شرط در قانون مدنی
۳۱۳	رضا مقصدوی و سیدمصطفی محقق داماد و سیدمهدی علامه و علیرضا مظلوم رهنی و هرمز اسدی کوه‌باد بررسی مصداقیت مصرف اکثر اموال در امور خیریه، برای سفاهت عارضی با نگاهی بر فقه امامیه
۳۴۱	حسین یوسفی‌فر و حسین احمری و علی واعظ طبسی
	ترجمه حکم‌ها
۳۶۱	ترجمه عربی (موجز المقالات) / حمید عباس‌زاده
۳۹۲	ترجمه انگلیسی (Abstracts) / علی برهان‌زهی

## راهنمای تدوین مقالات

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

# بررسی شرط پرداخت دیون و هزینه‌های واقف از منافع موقوفه\*

- عبدالرضا اصغری<sup>۱</sup>
- مصطفی حسینی<sup>۲</sup>
- غلامرضا یزدانی<sup>۳</sup>
- محمد حسینی<sup>۴</sup>

## چکیده

یکی از مسائل اساسی در عقد وقف، بحث شروط واقف و کیفیت اعمال آن در ضمن عقد وقف می‌باشد. مطابق اصل حاکمیت اراده، قاعده اولیه در وقف آن است که واقف می‌تواند هر شرطی را که منافی با وقف نباشد، در ضمن آن درج نماید. از جمله شروطی که در صحت و فساد آن تردید وجود دارد، شرط

---

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۴/۳ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۱/۱۹.

۱. استادیار گروه حقوق دانشگاه علوم اسلامی رضوی (dr.abdorezaasghari@yahoo.com).

۲. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه علوم اسلامی رضوی (نویسنده مسئول) (hoseinikhorasani@yahoo.com).

۳. استادیار گروه حقوق دانشگاه علوم اسلامی رضوی (ygholamreza@chmail.ir).

۴. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه علوم اسلامی رضوی (mohammadhosseiny1370@gmail.com).

پرداخت دیون و هزینه‌های واقف از مال موقوفه است. در حقیقت سؤال این است که آیا امکان دارد فردی اموال خودش را وقف نموده و در عین حال در متن وقف شرط کند که مخارج امرار معاش و پرداخت دیون او از مال موقوفه پرداخت شود؟ در این مورد نظرات مختلفی در میان فقها و حقوق دانان مطرح است. عده‌ای از فقها و حقوق دانان قائل به عدم امکان انتفاع واقف از وقف خویش هستند و می‌گویند که در چنین صورتی، هم عقد وقف و هم شرط در ضمن آن باطل است. برخی دیگر را اعتقاد بر این است که در چنین صورتی عقد وقف صحیح، ولی شرط باطل است.

ما در این پژوهش به روش تحلیلی و توصیفی با بهره‌گیری از روش کتابخانه‌ای به این نتیجه می‌رسیم که هم وقف و هم شرط صحیح است و تفاوتی هم بین وقف عام و خاص وجود ندارد و حتی به نظر می‌رسد که انتفاع واقف از وقف خود، با مفهوم حبس عین و اطلاق ثمره برای دیگران که در متون فقهی آمده است، تضادی ندارد و می‌توان حکم به جواز آن داد؛ زیرا اعمال چنین شرطی منافات با ذات عقد ندارد و از آن گذشته، چنین کاری با روح وقف و مذاق شارع نیز موافق است؛ زیرا همواره شارع مقدس بر گسترش وقف و تسهیل آن تأکید نموده است. از طرف دیگر با قبول و تصحیح چنین شرطی، واقفان خواهند توانست بخشی از اموال خود را وقف کرده و در عین حال نگران پرداخت مخارج آینده زندگی خود و خانواده و پرداخت دیون خود نباشند.

**واژگان کلیدی:** دیون واقف، شرط واقف، انتفاع از موقوفه، مخارج واقف.

## ۱. مقدمه

شرط واقف در متن عقد وقف، یکی از مسائل مهم و اساسی مربوط به وقف است که همواره مورد توجه و گفتگوی فقها و حقوق دانان بوده و در قانون مدنی هم در ضمن موادی به آن اشاره شده است. گاهی اوقات واقف در وقف‌نامه یا در متن وقف در ضمن وقوع عقد، شروطی را لحاظ می‌کند؛ از جمله اینکه واقف به شکلی عقد وقف را منعقد می‌کند که برخی از منافع او تأمین شود یا دیون او از آن طریق پرداخت شود، مثل اینکه در متن عقد شرط کند که پرداخت دیون و هزینه‌های زندگی او باید از محل درآمد وقف تأمین شود.

بررسی این مهم، متوقف بر شناخت جایگاه شروط ضمن عقد و میزان تأثیر آن‌ها در عقود می‌باشد. ناگفته پیداست که شروط ضمن عقد از مباحث بسیار مهم حقوق تعهدات می‌باشد؛ به طوری که قانون مدنی در مواد ۲۳۲ تا ۲۴۵ به بیان مطالبی در مورد آن پرداخته است. اجمالاً شروط ضمن عقد ممکن است به صورت شرط فاسد و مفسد و یا شرط فاسد و غیر مفسد و یا شرط صحیح باشند. در نهاد وقف نیز جایگاه شروط از اهمیت به‌سزایی برخوردار است و نقش مهمی را در تحقق اغراض واقف ایفا می‌کند. لذا بطلان و عدم بطلان این شروط می‌تواند آثار بسیاری را بر عقد وقف داشته باشد و گاهی موجب دور شدن از غرض واقف گردد. بدین جهت شروط ضمن وقف از جمله مباحث مورد توجه فقها و حقوق‌دانان بوده و می‌باشد.

آنچه این پژوهش در صدد تحقیق و بررسی آن است، شرط پرداخت دیون واقف و سایر مخارج زندگی او از محل درآمد وقف می‌باشد. این مقاله با رویکرد ایجاد توسعه در قلمرو وقف و ترغیب افراد به آن با نگرش اعتلا و بالا بردن فرهنگ وقف در جامعه به دنبال آن است که از میان آراء و ادله مربوط به شروط در ضمن وقف، به نظرات جدیدی دست یابد که بتواند جریان وقف را تسهیل نماید و قوانین دست‌وپاگیر و مشکل‌ساز را کنار زده و سازوکاری آسان، هم موافق با شرع مقدس و هم مقارن با تأمین اغراض واقف ارائه دهد و در نتیجه تأثیر زیادی در جهت گسترش نهاد مقدس وقف در جامعه داشته باشد. بنابراین تحقیق پیش رو با توجه به این هدف تلاش می‌کند تا با بررسی دقیق متون وقفی، نظریات فقها و حقوق‌دانان و دکترین وقف اثبات نماید که از نظر اصول و قواعد وقفی، چه اشکالی دارد که فردی تمام یا بخشی از اموال خود را وقف نماید و در عین حال در متن وقف شرط نماید که تا پایان عمر یا تا سالیانی معین، مخارج زندگی و دیونش از طریق منافع مالی که وقف کرده، پرداخت شود. در اینکه آیا چنین ادعایی صحیح است یا نه، فقها اختلاف نظر دارند. عده‌ای از علما اعتقاد دارند که هم وقف و هم شرط باطل می‌باشد و واقف هرگز اجازه چنین شرطی را ندارد. گروهی دیگر می‌گویند که در این گونه موارد، عقد صحیح و شرط باطل است. عده دیگر معتقدند که هم وقف و هم شرط هر دو صحیح هستند و هیچ مشکلی شرعاً و قانوناً در اعمال چنین شرطی وجود ندارد. در برخی از این نظرات، تفصیلات دیگری

هم هست که مبنای آن، منافات داشتن و نداشتن این شرط با ذات عقد می‌باشد. این مقاله به دنبال پاسخ به این مسئله با بررسی اقوال و ادله هر گروه با نقد آن و بیان نظریه مختار می‌باشد. حاصل مطالعات انجام گرفته در این موضوع حاکی از آن است که تا کنون پژوهشی مستقل در این موضوع انجام نگرفته است و این خود برای اثبات جدید بودن این موضوع کفایت می‌کند. از طرفی قوانین مربوطه در این مورد اظهارنظری نکرده‌اند و عملاً در مواردی با پرونده‌هایی در موضوع وقف روبه‌رو هستیم که با ابهام مواجه هستند و قضات متحیرند که آیا به صحت این اوقاف حکم نمایند یا به بطلان آن. این مقاله می‌تواند سرنوشت مبهم این گونه اوقاف را معین نماید و به قضات دادگاه‌ها کمک کند تا در چنین مواردی بتوانند بهتر و راحت‌تر تصمیم‌گیری نمایند.

## ۲. بیان دیدگاه‌های فقهی در مورد شرط پرداخت دیون و هزینه‌های واقف

### ۲-۱. بطلان شرط و وقف

عده‌ای از علما قائل‌اند که اگر واقف در ضمن عقد وقف شرط کند که دیون او از مال موقوفه پرداخت شود یا هزینه‌های زندگی و امرار معاش او از موقوفه باشد یا به هر شکلی، نفعی از طریق موقوفه از این جهت به او برسد، وقف و شرط ضمن آن باطل خواهد بود (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۷۱/۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۳۸۹/۲؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۲۶۷/۲؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳: ۱۲/۲؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۵۰۵/۲۱). حتی برخی مانند صاحب جواهر در این مسئله، ادعای عدم خلاف بلکه اتفاق علما نموده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴: ۶۹/۲۸). از همین گروه، شهید ثانی هم به نحوی ادعای اجماع کرده است (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳۶۳/۵).

### ادله قائلان به بطلان شرط و عقد به طور مطلق

فقه‌ها برای این نظریه حداقل پنج دلیل تدارک دیده‌اند:

دلیل اول: برخی از فقها برای اثبات بطلان شرط و وقف به اجماع تمسک کرده‌اند؛ از جمله صاحب جواهر در این خصوص به اجماع منقول و محصل تمسک کرده و فرموده است که با اعمال چنین شرطی در ضمن عقد وقف، هم وقف و هم شرط باطل

می‌باشد. همچنین شهید ثانی و مرحوم طباطبایی حائری به اتفاق و اجماع فقها و علما استناد جسته و نتیجه گرفته‌اند که در چنین شرطی، هم عقد و هم شرط باطل می‌باشد (نجفی، ۱۴۰۴: ۶۹/۲۸؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳۶۳/۵؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۱۰/۱۱۵).

### نقد و نظر

بی‌تردید با مخالفت عده زیادی از فقها در این مورد، ادعای اجماع کار ساده‌ای به نظر نمی‌رسد؛ زیرا گروه زیادی از فقها نظریه بطلان شرط و عقد را قبول ندارند. از طرفی، اجماعات ادعاشده صرفاً اجماعات منقولی است که از اعتبار چندانی برخوردار نیست؛ بلکه طبق حدیث «المؤمنون عند شروطهم» و قاعده «الوقوف علی حسب ما یوقفها أهلها»، آوردن چنین شرطی از سوی واقف کاملاً عقلایی به نظر می‌رسد و قابل دفاع می‌باشد.

دلیل دوم: تمسک به مکاتبه علی بن سلیمان<sup>۱</sup> می‌باشد. ترجمه روایت از این قرار است:

«علی بن سلیمان می‌گوید: به امام کاظم علیه السلام نوشتم: قربانت کردم! من فرزندی ندارم، از طرفی زمین‌های کشاورزی دارم که از پدرم ارث برده‌ام و بعضی از آن‌ها را از دست داده‌ام. من از مرگ ایمنی ندارم، بنابراین چنانچه فرزندی نداشته باشم و اتفاقی برایم بیفتد، نظر شما چیست قربانت کردم؟ آیا می‌توانم قسمتی از آن زمین‌ها را وقف برادران دینی فقیر و مستضعف خود کنم یا اینکه آن‌ها را بفروشم و در زمان حیات خود، قیمت آن را به آنان صدقه دهم؛ زیرا می‌ترسم که پس از مرگم، وقف مرا نافذ ندانند. بنابراین اگر در زمان حیات خود، آن‌ها را وقف کنم، آیا می‌توانم تا زمانی که زنده هستم از آن استفاده کنم یا نه؟ حضرت موسی بن جعفر علیه السلام نوشت: از

۱. «مُحَمَّدُ بْنُ جَعْفَرِ الرَّزَّازِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنْ عَلِيِّ بْنِ سُلَيْمَانَ قَالَ: كَتَبْتُ إِلَيْهِ يَعْزِي أَبَا الْحَسَنِ عليه السلام: جُعِلْتُ فِدَاكَ، لَيْسَ لِي وَوَلَدٌ وَلِي ضِيَاعٌ وَرَثَتُهَا مِنْ أَبِي وَبَعْضُهَا اسْتَفْدَتْهَا وَلَا أَمْرٌ الْخِدَاتَانِ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِي وَوَلَدٌ وَحَدَّثَ بِي حَدَّثَ فَمَا تَرَى جُعِلْتُ فِدَاكَ؟ لِي أَنْ أَوْفَقَ بَعْضَهَا عَلَيَّ فَقَرَاءَ إِخْوَانِي وَالْمُسْتَضْعَفِينَ أَوْ أَبِيعَهَا وَأَتَصَدَّقَ بِتَمَنِّيها فِي حَيَاتِي عَلَيْهِمْ فَإِنِّي أَنْحَوْفُ أَنْ لَا يَنْفَدَ الْوَقْفُ بَعْدَ مَوْتِي فَإِنْ أَوْفَقْتُها فِي حَيَاتِي فَلِي أَنْ أَكُلَ مِنْها أَيَّامَ حَيَاتِي أَمْ لَا؟ فَكَتَبَ عليه السلام: فَهَمَّتْ كِتَابَتُكَ فِي أَمْرِ ضِيَاعِكَ وَلَيْسَ لَكَ أَنْ تَأْكُلَ مِنْها مِنَ الصَّدَقَةِ، فَإِنْ أَنْتَ أَكَلْتَ مِنْها لَمْ يَنْفَدُ. إِنْ كَانَ لَكَ وَرَثَةٌ فَبِعْ وَتَصَدَّقْ بِبَعْضِ تَمَنِّيها فِي حَيَاتِكَ وَإِنْ تَصَدَّقْتَ، أَمْسَكَتَ لِنَفْسِكَ مَا يَقُوتُكَ مِثْلَ مَا صَنَعَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام» (كليني، ۱۴۰۷: ۳۷/۷؛ صدوق، ۱۴۱۳: ۲۳۸/۴).

نوشته تو درباره زمین‌های کشاورزی ات آگاه شدم. تو حق نداری از آن زمین‌ها که وقفی است، استفاده کنی. پس اگر از آن استفاده کنی، وقف نافذ نخواهد بود. اگر ورثه‌ای داری، آن مال را بفروش و بعضی از ثمن آن را در زمان حیات خود صدقه بده و اگر وقف نمودی، مقدار غذایی که تو را سیر کند، برای خودت نگاه دار؛ همانند روشی که امیرالمؤمنین علیه السلام انجام می‌داد».

مستدلان به این روایت، به جمله «وَلَيْسَ لَكَ أَنْ تَأْكُلَ مِنْهَا مِنَ الصَّدَقَةِ فَإِنْ أَنْتَ أَكَلْتَ مِنْهَا لَمْ يَنْقُذْ» استدلال کرده، معتقدند که این روایت دال بر این است که واقف حق استفاده از موقوفه را ندارد و در صورتی که شرط خلاف این مقتضی را بنماید، وقف و شرط باطل خواهد بود (بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۶۱/۲۲؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۱۱۵/۱۰).

### نقد و نظر

شکی نیست که این روایت، انصراف از مورد شرط در ضمن وقف دارد؛ زیرا در این روایت اصلاً اشاره به این مطلب نشده که واقف در ضمن عقد وقف شرط کرده باشد که دیون و هزینه‌های زندگی او از وقف تأمین شود و بدیهی است که امام علیه السلام بر طبق سؤال سائل جواب فرموده است. سائل پرسیده که زمینی را وقف کرده‌ام، آیا می‌توانم از منافع آن استفاده کنم که زندگی من معطل نماند؟ امام علیه السلام جواب داده است که تو اجازه چنین کاری را نداری و این مسئله با مورد بحث ما که در ضمن عقد شرط کرده، کاملاً متفاوت می‌باشد.

دلیل سوم: گروهی ادعا نموده‌اند که چنین شرطی با مقتضای عقد مخالف می‌باشد. جهت تبیین دلیل باید اشاره شود که آنچه غالب علما پذیرفته‌اند این است که مقتضای عقد چیزی است که به گونه‌ای وابسته به ماهیت عقد و ملازم با آن است که اگر توسط شرطی سلب شود، جوهره عقد از بین می‌رود و به طور کلی، موضوعیت آن منتفی می‌گردد. به طور مختصر می‌توانیم بگوییم که هر عقدی دارای اثر خاصی است که طرفین عقد برای به دست آوردن آن، عقد را منعقد می‌نمایند. در محل بحث، چنین استدلال شده که چنین شرطی با مقتضای عقد مخالف است؛ زیرا وقف اقتضا می‌کند



که ملک و منافع آن منتقل شود، به گونه‌ای که سلطه واقف از عین موقوفه به طور کلی برداشته و علاقه و رابطه‌اش با آن قطع شود. بنابراین شرط پرداخت هزینه‌های روزانه و ادای دیون او ظاهراً با مقتضای وقف منافات دارد؛ زیرا مقتضای وقف، خارج شدن عین موقوفه از ملک واقف است و چنین شرطی دقیقاً بر خلاف آن است؛ همان طور که شرط عدم تملک و عدم تسلط خریدار بر مبیع در عقد بیع، با مقتضای آن که تملک و تسلط خریدار باشد، منافات دارد (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۲۷/۹؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳۶۳/۵؛ آل عصفور بحرانی، بی‌تا: ۳۰۵/۱۳؛ کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۴: ۳۳/۳).

### نقد و نظر

چنین ادعایی که این شرط مخالف با مقتضای عقد وقف باشد، اول کلام است؛ زیرا آنچه خلاف مقتضای عقد وقف است، چیزی است که آن را از وقفیت خارج نماید و خلاف نیت و غرض واقف باشد. اما در این مورد، هیچ یک از این امور پیش نمی‌آید؛ زیرا قرار دادن پرداخت دیون و هزینه‌های زندگی واقف از وقف، منافاتی با وقف ندارد. چه اشکال دارد که فردی کارخانه‌ای را که صد میلیون درآمد ماهیانه دارد، برای فقرا یا علما وقف نماید و فقط شرط کند که هزینه زندگی او و پرداخت دیون او که به بیست میلیون در ماه هم نمی‌رسد، از رهگذر منافع کارخانه پرداخت شود. به نظر می‌رسد که عقلاً و شرعاً چنین شرطی نه تنها مخالف با مقتضای عقد نیست، بلکه هیچ اشکالی ندارد. توضیح و بیان عدم منافات با مقتضای وقف، در ضمن دو نکته تحریر می‌شود:

**الف)** توضیح عدم منافات این شرط با مقتضای وقف اینکه آنچه منافات آن با عقد مضر است، شرط خلاف مقتضای ذات عقد می‌باشد و مقتضای ذات عبارت است از اثری که ماهیت عقد آن را ایجاد کند و عقد ذاتاً تولیدکننده آن باشد و لذا اگر شرط مندرج در ضمن عقد، مخالف با چنین مقتضایی باشد، به علت تلازم مقتضی با ذات عقد، در حقیقت با ماهیت عقد مخالف است؛ به این معنا که از طرفی ذات عقد انشا شود و از طرف دیگر با درج این شرط، مانعی در راه تحقق ذات عقد ایجاد گردد که نتیجه چنین وضعیتی، عدم تحقق عقد است. به دیگر سخن، قصد انشاء مدلول شرط،

مستلزم عدم قصد انشاء مدلول عقد است؛ مثل اینکه شخصی کتابی را به دیگری بفروشد و در ضمن عقد شرط کند که خریدار مالک نشود که در این صورت، شکی نیست که هم شرط باطل است و هم اساساً سبب بطلان عقد خواهد شد (شهیدی، ۱۳۸۰: ۸۶)؛ در حالی که شرط پرداخت دیون واقف، هرگز با ذات عقد وقف منافات ندارد و واقف چنین نظری ندارد که هم بر موقوف‌علیهم وقف کند و هم آن‌ها مالک نشوند. بلکه این چنین شرطی، مخالف با مقتضای اطلاق عقد می‌باشد. مقتضای اطلاق عبارت است از اثری که از ماهیت عقد ناشی نمی‌شود و لازمه آن نمی‌باشد؛ بلکه هر گاه عقد به طور مطلق انجام شود، اثر مزبور تحقق خواهد یافت و از آنجا که با ذات عقد ملازمه ندارد، می‌توان با درج شرط خلاف، از تولید و بروز اثر جلوگیری کرد و در این صورت، هیچ ضرر و لطمه‌ای بر ماهیت عقد وارد نمی‌شود (همان: ۸۷). در نتیجه، شرط پرداخت دیون و شرط پرداخت مخارج زندگی واقف از وقف، هرگز شرط خلاف مقتضای ذات وقف نمی‌باشد، بلکه شرط خلاف مقتضای اطلاق است؛ به این معنا که اگر قید نمی‌کرد، اطلاق عقد وقف اقتضا داشت که تمام منافع، از آن موقوف‌علیه باشد، ولی اگر واقف شرط کرد که از محل وقف باید موقوف‌علیه دیون او را پرداخت کند یا خرج زندگی او را بپردازد، این شرط، شرط خلاف مقتضای اطلاق است و شرط بر خلاف آن هیچ اشکال ندارد.

به نظر می‌رسد در عقد وقف، وقتی شرط منجر به شرط خلاف مقتضی می‌شود که مثلاً شرط کند که این مال وقف باشد و تمام منافع آن به خودش برسد. اما اگر واقعاً مال خود را قربة الی الله وقف فقرا و مساکین یا حوزه‌ها بنماید و در جهت اینکه زندگی خود او هم تعطیل نشود، شرط پرداخت دیون و مخارج زندگی را در متن عقد قید کند، چنین شرطی نه تنها مخالف ذات عقد نیست، بلکه واقفان و خیران را تشویق می‌کند که بدون هیچ نگرانی از آینده مخارج زندگی، مال خود را وقف کنند تا از رهگذر منافع آن، موقوف‌علیهم استفاده کنند و خود او هم دین و مخارج زندگی را بردارد.

به عبارت دیگر، مقتضای وقف اخراج مال از ملک واقف است که این مهم به صرف انعقاد وقف تحقق یافته است و واقف با اشتراط پرداخت دیون، در واقع الزام به یک شرط فعل در متن عقد نموده است که مطابق آن، موقوف‌علیهم موظف به انجام آن

هستند و چنین شرطی هیچ منافاتی با مقتضای وقف ندارد. بله اگر شرط مذکور را به نحو شرط نتیجه قرار دهد، به این صورت که شرط کند دیون و نفقه واقف از موقوفه پرداخت شود، چنین شرطی باطل خواهد بود؛ زیرا با مقتضای ذات عقد در تعارض است (مازندرانی، ۱۴۳۰: ۲۶۲).

ب) توجیه دیگر برای عدم منافات شرط پرداخت دیون و نفقه با مقتضای وقف اینک شاید واقف با آوردن چنین شرطی قصد داشته که این مقدار از منافع همچنان در ملک او باقی باشد و مابقی منافع به تبع عین به صورت وقف درآید که در این صورت، چنین شرطی مخالف با مقتضای اطلاق وقف است نه ذات وقف؛ زیرا اطلاق وقف اقتضا دارد که تمام منافع آن از ملک واقف خارج شود و این اطلاق قابل تقيید است. لذا چنین شرطی ارتباطی با مخالفت با مقتضای ذات عقد ندارد (آخوند خراسانی، ۱۴۱۳: ۴۱؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۱۹۹/۱؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۳۶/۲۲؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۳۲۱/۲۰).

همچنین صاحب جواهر نیز معتقد است تنها دلیلی که می‌تواند بر بطلان شرط پرداخت دیون اقامه شود، قاعده بطلان شروط خلاف مقتضای ذات عقد است. ایشان قائل است که شرط پرداخت دیون، منافاتی با ذات وقف ندارد و با توجه به عموماتی مانند «المؤمنون عند شروطهم» و «الوقوف علی حسب ما یوقفها أهلها» باید قائل به صحت چنین شرطی شد (نجفی، ۱۴۰۴: ۷۰/۲۸). بنابراین شرط پرداخت دیون واقف، علاوه بر اینکه با روایات باب وقف مخالفتی ندارد، حتی منافاتی با مقتضای ذات وقف نیز نداشته و مشمول عمومات صحت شروط است.

دلیل چهارم: برخی استدلال کرده‌اند که چنین شرطی از مصادیق عنوان وقف بر نفس است و وقف بر نفس باطل است. به این صورت که شرط واقف در مورد پرداخت دیون و هزینه‌هایش به معنای منتفع شدن وی از موقوفه می‌باشد و مانند این است که واقف بر خودش وقف نموده باشد؛ در حالی که لازم است واقف در میان موقوف علیهم نباشد و از آن منتفع نشود (مجاهد طباطبایی حائری، بی‌تا: ۵۰۰؛ مجلسی، ۱۴۰۴: ۶۳/۲۳؛ اصفهانی، ۱۴۲۲: ۵۳۴؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳: ۱۴۴/۲).

## نقد و نظر

اما جواب از اینکه چنین شرطی، وقف بر نفس محسوب می‌شود اینک: اولاً، متبادر از فهم عرفی در این شرط این است که این مورد از مصادیق وقف بر نفس نمی‌باشد. اگر کسی به واقف بگوید تو وقف بر نفس کردی، او ناراحت می‌شود؛ زیرا خود واقف در متن وقف بیان کرده که مثلاً این کارخانه یا زمین را بر ایتم یا فقرا یا علما وقف کردم و هرگز نگفته که من بر خودم وقف کردم؛ بلکه واقف فقط در ضمن وقف شرط کرده و می‌خواسته هم از ثواب وقف کردن اموال محروم نباشد و هم زندگی او تأمین شود و این بی‌انصافی است که ما واقف محترم را از یکی از این دو امر محروم نماییم.

ثانیاً، بطلان وقف بر نفس، محل اختلاف و تضارب آراء فقها می‌باشد و اجماعی در مورد بطلان آن وجود ندارد. توضیح اینکه ایشان معتقدند هر گاه کسی بگوید: «وقف کردم بر خود و فقرا»، در صحت چنین وقفی سه احتمال است:

احتمال اول: تنصیف به جهت مقتضای عطف شرکت؛ یعنی نصف وقف به فقرا تعلق گرفته و صحیح می‌باشد و نصف دیگر که به واقف تعلق گرفته، به جهت وقف بر نفس باطل باشد.

احتمال دوم: وقف در سه ربع موقوفه صحیح باشد؛ زیرا فقرا جمع است و اقل جمع، سه فرد است که با واقف می‌شود چهار فرد، و در نتیجه وقف نسبت به یک چهارم که حصه واقف است، باطل است و نسبت به سه چهارم دیگر صحیح است. احتمال سوم: صحت وقف در کل است (گیلانی قمی، ۱۴۱۳: ۷۷/۴).

به علاوه، برخی از فقهای بزرگ و نامور معاصر در بطلان وقف بر نفس اشکال نموده و امکان وقف بر نفس را بلاشکال و صحیح دانسته‌اند. ابتدا سید یزدی که فقیهی متبحر و متتبع می‌باشد، قول به عدم معقولیت جواز وقف بر نفس را به این دلیل که وقف تملیک عین یا منفعت است و تملیک انسان بر خودش محال است، به دو دلیل مردود دانسته است: اولاً وقف ماهیتی فکی و ایقافی دارد نه تملیکی و انتقالی؛ زیرا واقف به وقف کردن مال خویش اقدام نموده، نه به انتقال مالکیت آن به دیگری (حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۳۱۹/۲۰). ثانیاً تملیک شخص به خودش استحاله‌ای ندارد؛ چرا که

ممکن است تبدیل ملکیتی به ملکیت دیگر باشد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۱۹۷/۱).

ثالثاً، اینکه فقها تملیک مال به خود واقف را جایز ندانسته‌اند، قابل جواب است؛ زیرا هیچ دلیل و مدرک قانونی و فقهی بر این مطلب وجود ندارد که تغییر در قالب و چگونگی مالکیت شخص را منع کند و استاد علما به روایت علی بن سلیمان بر ممنوعیت وقف بر نفس، صحیح نبوده و مبنایی ندارد؛ چون در این روایت، سؤال درباره شخصی است که خانه‌ای را وقف کرده و خود در آن نشسته است، آیا باید تخلیه کند؟ امام فرمود: بله. برخی از این روایت استفاده کرده‌اند که اگر خانه بر غیر وقف شود، واقف باید آنجا را ترک گوید؛ در حالی که روایت مذکور هیچ دلالتی بر ممنوعیت وقف بر نفس ندارد (همان)؛ زیرا این روایت تنها دلالت بر لزوم خروج واقف از خانه پس از وقف می‌کند، اما دلالتی بر عدم جواز وقف بر نفس ندارد (حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۳۱۹/۲۰). در نتیجه چون دلیلی به صورت خاص، بر عدم جواز وقف بر نفس نرسیده، پس هیچ اشکالی ندارد که حکم به جواز وقف بر نفس نمایم.

علاوه بر آن، کاشف‌الغطاء صاحب *تحریرالمجله* با انتقاد به قول مشهور، وقف بر نفس را صحیح دانسته و به دو دلیل تمسک کرده است:

اول: بررسی روایات مورد استناد فقهای امامیه بر لزوم اخراج واقف از وقف، حاکی از عدم دلالت این روایات بر مدعای ایشان است.

دوم: در حقیقت وقف تغییر در شیوه مالکیت است و هیچ مشکلی وجود ندارد که واقف مال خود را بر خود یا جماعت خاصی وقف کند که از او و آن‌ها به دیگری منتقل نشود (کاشف‌الغطاء، ۱۴۳۲: ۱۴۸/۵).

همچنین صاحب *جواهر* معتقد است که از مجموع روایات موجود در باب (اعم از مکاتبه و غیر آن) نمی‌توان لزوم اخراج نفس واقف از وقف را استفاده کرد (نجفی، ۱۴۰۴: ۷۰/۲۸).

البته قانون مدنی به تبع از مشهور فقهای امامیه در ماده ۷۲ مقرر داشته است: «وقف بر نفس به این معنی که واقف خود را موقوف علیه یا جزء موقوف علیه نماید... باطل است».

ولی در عین حال، نظر مخالفانِ بطلان وقف بر نفس قابل توجه و تحقیق می‌باشد؛

به ویژه که نص صریحی در خصوص بطلان وقف بر نفس وارد نشده است. لذا به نظر ما، این قانون باید مورد بازنگری قرار گیرد؛ زیرا با ادله‌ای که بیان شد، جایگاهی قوی نخواهد داشت.

دلیل پنجم: برخی از فقها معتقدند که این شرط مستلزم غرر است؛ زیرا علم تفصیلی به محتوای شرط وجود ندارد. به عبارت دیگر، وجود شرط مجهول در وقف، منجر به مجهول شدن عوضین می‌شود (حائری، ۱۳۸۰: ۲۴۶). شرط مجهول نه باطل است و نه سبب بطلان عقد می‌شود، بلکه از صحت و اعتبار حقوقی برخوردار است؛ مگر زمانی که مجهول بودن شرط به شکلی باشد که به مورد عقد سرایت کرده و آن را مجهول کند. در این صورت است که شرط مجهول، باعث باطل شدن عقد می‌شود (شهیدی، ۱۳۸۶: ۱۲۰) و لذا در مورد شرط پرداخت دیون واقف معتقدند که این شرط، موجب مجهول شدن مورد وقف می‌گردد.

### نقد و نظر

در مقام پاسخ به این اشکال که چنین شرطی موجب مجهول شدن موقوفه و در نتیجه لزوم غرر می‌گردد، باید گفت: در مورد وقف چنین چیزی اتفاق نمی‌افتد؛ زیرا فقها معتقدند که در عقود مبتنی بر تسامح، درج شرط مجهول، سبب جهل به عوض معامله و در نتیجه لزوم غرر نمی‌شود و چنین جهالتی اثر وضعی در عقد ندارد (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۱۲۰/۲).

بنابراین با وجود اینکه وقف، وجوهی از معاوضات را در خود جای داده است، اما معاوضه محضه نیست و به تنقیح مناط قطعی همانند نکاح، ملحق به ضروب عبادات است (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۱۲۰/۵). لذا بسیاری از قواعد الزامی در معاوضات همچون لزوم معلوم بودن شروط، در مورد وقف جاری نمی‌باشد. به عبارت دیگر، وقف همچون بیع مبتنی بر مغاینه نیست، بلکه بنای آن بر مسامحه است؛ لذا به نظر می‌رسد شروط مجهول در آن منجر به بطلان وقف نمی‌گردد و اصولاً غرر در مورد وقف اتفاق نمی‌افتد و در مورد نکاح هم که از عقود مسامحی بوده ولو غرر فی الجمله فرض دارد، ولی فقها این مقدار غرر را که ناشی از جهل به شروط است، مضر نمی‌دانند (همان:

۳۴۵/۵). به بیان دیگر، این مقدار جهالت معفو است و ضرری به عقد نمی‌زند. از آن گذشته، عقد وقف با سایر عقود متفاوت است؛ زیرا موقوف‌علیهم طلبی از واقف ندارند و او هرگز الزامی بر این کار ندارد، بلکه با وقف قسمتی از اموال خود، به دنبال اجر اخروی و ایجاد صدقه جاریه و این نیک‌اندیشی خداپسندانه می‌باشد.

علاوه بر آنچه گذشت، استدلال به مجهول بودن این شرط، اخص از مدعاست؛ زیرا همیشه مقدار دیون واقف نامعلوم نیست، بلکه گاهی میزان آن مشخص است که در این صورت، شرط معلوم خواهد بود و عنوان غرر منتفی به انتفای موضوع می‌باشد.

## ۲-۲. تفصیل بین پرداخت دیون از منافع وقف یا از اموال موقوف‌علیهم

عده‌ای از علما بر این عقیده‌اند که باید بین شرط پرداخت دیون از منافع موقوفه و شرط پرداخت دیون از مال موقوف‌علیهم تفاوت قائل شویم؛ به این معنا که اگر مثلاً واقف مال خودش را وقف کند و در متن وقف شرط کند که دیون و مخارج زندگی‌اش از منافع وقف پرداخت شود، چنین شرطی به دلیل مخالفت با مقتضای وقف باطل و مبطل عقد وقف می‌باشد. اما اگر واقف شرط کند که موقوف‌علیهم متعهد به پرداخت دیون و مئونه واقف از مال خود (اعم از منافع موقوفه یا غیر آن) باشند، چنین شرطی صحیح بوده و هیچ اشکالی ندارد؛ زیرا در این صورت، شرط بر خود موقوف‌علیهم شده و چنین شرطی منافات با مقتضای ذات وقف ندارد (موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۲۳۶/۲؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰: ۲۴۵/۲؛ کاشف‌الغطاء، ۱۴۳۲: ۱۴۹/۵).

## نقد و نظر

این نظر هم خالی از اشکال نیست و نقد بر آن در ذیل جواب از تفصیل سوم خواهد آمد.

## ۳-۲. تفصیل بین شرط فعل و شرط نتیجه

برخی دیگر از فقها در مقام استدلال بر این نظریه، تفصیل دیگری را قائل شده‌اند. آن‌ها معتقدند در موردی که واقف در متن عقد وقف شرط پرداخت دیون و مخارج زندگی خود را کرده، اگر پرداخت دیون و هزینه‌های زندگی از منافع موقوفه به نحو

شرط نتیجه، شرط شود، به دلیل اینکه این شرط به وقف بر نفس برمی‌گردد، چنین شرط و وقفی باطل است. اما اگر ادای دیون و پرداخت مخارج زندگی واقف از منافی از موقوفه باشد که به مالکیت موقوف‌علیهم درآمده، به نحو شرط فعل، شرط شود، چنین شرطی صحیح است و نه تنها ضرری به وقف ندارد، بلکه هیچ اشکالی بر این شرط وارد نمی‌شود (موسوی خمینی، بی‌تا: ۶۷/۲-۶۸؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۱/۱۹۸).

## ۲-۴. تفصیل بین حیات و ممات واقف

برخی قائل‌اند که اگر شرط واقف، متعلق به پرداخت دیون و نفقات وی در حال حیات او باشد، چنین شرطی مصداق وقف بر نفس و باطل است. همچنین است اگر شرط کند انجام عباداتی را که نیابتاً می‌توان از جانب اَحیاء انجام داد؛ مانند اینکه شرط کند زیارت و یا حجی را در حال حیات واقف با هزینه موقوفه از جانب وی انجام دهند. لکن اگر شرط واقف نسبت به پرداخت دیون، نفقات و انجام اعمال عبادی ایفاننده در حال حیات بوده باشد، به این صورت که شرط کرده موارد مذکور، از محل موقوفه پس از مرگش انجام شود، چنین شرطی صحیح خواهد بود و منافاتی با مقتضای عقد نیز ندارد و وقف بر آن صادق نخواهد بود (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۴/۲۵۱). شاید مستند ایشان در این تفصیل، ملاحظه این مطلب باشد که پرداخت دیون و امثال آن از موقوفه پس از مرگ، وقف بر نفس محسوب نمی‌شود؛ زیرا اصلاً نفسی وجود ندارد و واقف از دنیا رفته است و تنها رابطه وی با وقف، رابطه اخروی و ثواب می‌باشد نه علاقه مالی نسبت به وقف (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۴: ۳/۳۳).

## نقد و نظر

به نظر می‌رسد چنین تفصیلی موجه نباشد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۱/۱۹۹)؛ زیرا مرگ و زندگی واقف، تغییری در رابطه او با وقف ایجاد نمی‌کند. به این معنا که اگر شرطی خلاف مقتضای وقف باشد یا به دلیل صدق عنوان وقف بر نفس باطل باشد، مرگ واقف، ماهیت آن را تغییر نمی‌دهد؛ مثلاً اگر شخصی مالی را وقف کند و در ضمن آن شرط کند که دیون معینی که الآن بر ذمه‌اش آمده، بعد از مرگ وی از موقوفه پرداخت شود، این مصداق روشن وقف بر نفس است؛ زیرا او با تکیه بر این شرط، پرداخت دین



خود را به تأخیر انداخته و نهایتاً ذمه خود را بری می‌داند. همچنین تفصیل دادن بین شرط پرداخت دیون به نحو شرط فعل یا شرط نتیجه یا شرط پرداخت دیون از منافع وقف یا از منافع موقوف علیهم، تفاوتی در اصل بحث ندارد؛ زیرا اگر چنین شرطی اشکال داشته باشد، در تمام این حالات اشکال دارد و اگر اشکال نداشته باشد و خلاف مقتضای ذات نباشد و همچنین مصداق وقف بر نفس نباشد، در تمام این موارد بلاشکال خواهد بود. پس آنچه مهم است، همان است که ما اثبات کردیم که شرط پرداخت دیون واقف در متن عقد، مصداق وقف بر نفس نیست و منافاتی با مقتضای ذات وقف ندارد.

## ۲-۵. صحت وقف و بطلان شرط

برخی بر این اعتقادند که چنین شرطی موجب بطلان وقف نمی‌شود؛ زیرا خلاف مقتضای عقد نمی‌باشد. بلکه تنها اعمال یک شرط غیر جایز می‌باشد که در نتیجه نفس شرط فاسد خواهد بود، اما فساد آن، سرایت به عقد وقف نخواهد کرد. از این رو با وجود اینکه شرط پرداخت دیون را فاسد دانسته‌اند، اما حکم به صحت وقف می‌نمایند (همان: ۱۹۸/۱؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۳۲۰/۲۰).

## نقد و نظر

اشکال این نظریه آن است که اجماع مرکب شکل گرفته در این مسئله، ناقض چنین تفصیلی می‌باشد. به این بیان که قائلان به صحت چنین شرطی، قائل به صحت عقد نیز می‌باشند و کسانی که صحت این شرط را نمی‌پذیرند، صحت عقد را نیز مخدوش می‌دانند. لذا قول به صحت وقف و بطلان شرط، احداث قول جدیدی است که منجر به خرق اجماع مرکب می‌گردد.

## ۲-۶. نظریه صحت شرط و وقف

به نظر می‌رسد که آوردن چنین شرطی شرعاً و قانوناً هیچ اشکالی ندارد، بلکه کاملاً بر طبق ادله می‌باشد و در چنین موقعیتی، هم شرط و هم وقف هر دو صحیح و نافذ خواهند بود. مستند این دیدگاه به ادله مختلف زیر مستحکم می‌باشد:

### الف) تمسک به آیه شریفه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»

بر اساس مفاد آیه شریفه، عقد همان طور که منعقد شده باید انجام گیرد و به آن وفا شود و در این مورد شکی نیست که واقف عقد را به همراه شرط منعقد کرده است. واقف به اعمال اراده و حاکمیت خود و به دلیل «العقود تابعة للقصود»، اراده کرده که عقد وقف را مشروط به این شرط محقق نماید. اینکه ما الآن نظر خود را بر اراده واقف ترجیح دهیم، صحیح به نظر نمی‌رسد؛ هرچند که این نظر خلاف مشهور است، اما از آنجا که پایه و دلیل آن محکم است، قابل قبول می‌باشد. پس «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» اقتضا می‌کند به همان کیفیتی که واقف عقد را منعقد نموده است، پایبند باشیم.

### ب) تمسک به حدیث «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»

تردید نیست که این حدیث شریف که هم از وجود پیامبر اسلام صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ و هم ائمه معصومین عَلَيْهِمُ السَّلَام رسیده است (طوسی، ۱۳۹۰: ۲۳۲/۳)، مطلق است و اطلاق آن هر شرطی را خواهد گرفت؛ مگر شرطی که مخالف کتاب و سنت باشد یا مخالف مقتضای عقد باشد، و شرط پرداخت دیون واقف نه خلاف مقتضای عقد است و نه مخالف کتاب و سنت. لذا به نظر می‌رسد بر طبق این دلیل، وجود چنین شرطی هیچ اشکالی ندارد و نه خودش باطل است و نه موجب بطلان وقف می‌شود.

### ج) تمسک به قاعده «الْوُقُوفُ عَلَى حَسَبِ مَا يُوقِفُهَا أَهْلُهَا»

همان گونه که اشاره شد، اتفاقاً اگر ما واقف به شرط پرداخت دیون باشیم که توسط واقف در متن عقد آمده است، کاملاً بر طبق این قاعده (ر.ک: مجلسی، ۱۴۰۴: ۶۳/۲۳) رفتار شده است و در غیر این صورت، این اعتراض وارد است که چرا بر حسب نیت واقف و اراده او عمل نشده است.

### د) وجه اولویت

مکاتبه امام کاظم عَلَيْهِ السَّلَام اشاره به این وجه دارد. در این مکاتبه، احمد بن حمزه بن موسی الکاظم عَلَيْهِ السَّلَام از امام سؤال کرد که عبد مدبری وقف شده و سپس واقف و صاحب او فوت کرده است و بدهکاری و قرض او زیاد است، به گونه‌ای که اموال میت، وافی به

دیون او نمی‌باشد، آیا اجازه داریم که عبد وقف‌شده او را بفروشیم و از این طریق، دیون او را پرداخت نماییم؟ امام علی<sup>علیه السلام</sup> پاسخ داد: وقف او برای پرداخت بدهکاری او فروخته شود و بدهی او داده شود (صدوق، ۱۴۱۳: ۲۳۹/۴).

وجه اولویت اینکه بر اساس نص وارد، اگر برای پرداخت بدهی میت بتوان موقوفه را فروخت و بدهی را پرداخت کرد، با اینکه شرطی در کار نبوده و این کار هیچ اشکالی نداشته باشد، پس به طریق اولی، وقتی خود واقف در متن عقد شرط کرده، نباید هیچ اشکالی داشته باشد؛ زیرا در مورد بحث ما، اصل وقف از بین نمی‌رود و به حال خود باقی می‌ماند و اگر در موردی به نص روایت بشود با فروش وقف، دیون واقف را پرداخت کرد، در این صورت با شرط در ضمن وقف، به طریق اولی می‌شود دیون و هزینه‌های زندگی واقف را پرداخت کرد. از آن گذشته، اگر بدون وجود شرط در متن عقد می‌شود این کار انجام بگیرد، به طریق اولی با وجود شرط پرداخت در ضمن عقد توسط خود واقف، هیچ اشکالی متوجه آن نخواهد بود.

### نتیجه‌گیری

در صورتی که واقف در ضمن عقد وقف شرط کند که دیون و مخارج زندگی او باید از محل منافع وقف پرداخت شود، هیچ اشکالی ندارد و اثبات کردیم که در این مورد، هم شرط صحیح است و هم عقد، و این شرط هیچ منافاتی با مقتضای عقد وقف ندارد و از طرفی به هیچ وجه، مصداق وقف بر نفس نیز نمی‌باشد و آوردن چنین شرطی، موجب ایجاد جهالت و در نهایت مستلزم غرر نخواهد شد. از آن گذشته، تفاوتی بین وقف خاص و عام در این مورد نمی‌باشد و همچنین برای اصلاح و تصحیح این شرط، تفصیل دادن بین شرط به نحو نتیجه و شرط فعل یا تفصیل بین حالت حیات و ممات واقف یا تفصیل بین پرداخت دیون و هزینه‌های واقف از منافع موقوفه یا از منافع موقوف علیهم جایی ندارد و با این تغییر در الفاظ، مشکلی حل نمی‌شود و به نظر می‌رسد ادله‌ای که برای ممنوعیت شرط پرداخت دیون و هزینه‌ها واقف در وقف بیان شده است، ظرفیت و توان اثبات این مطلب را نداشته باشد و نمی‌توان با این ادله که اکثراً ذوقی است، در مقابل قاعده کلی و اصل حاکمیت اراده، حکمی را ثابت نمود.

از این رو، می‌توان در وقف، شرط پرداخت دیون و هزینه‌های واقف را پیش‌بینی نمود و هیچ اشکالی ندارد. همچنین پس از بررسی اجماعات ادعایی در مسئله به این نتیجه رسیدیم که اجماعی در این زمینه وجود ندارد و چنانچه در مواردی ادعای اجماع شود، با وجود روایات باب، محتمل‌المدرک خواهد بود. به علاوه، مکاتبه علی بن سلیمان دلالتی بر بطلان این شرط ندارد. بلکه در مقابل، روایتی بر صحت شرط و وقف داریم و آن مکاتبه احمد بن حمزه بن موسی بن جعفر رضی الله عنه می‌باشد. لذا در چنین مواردی، حکم به صحت وقف و شرط می‌دهیم.

## کتاب شناسی

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، کتاب فی الوقف، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲. آل عصفور بحرانی، حسین بن محمد بن ابراهیم، الانوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع (للفیض)، قم، مجمع البحوث العلمیه، بی تا.
۳. اصفهانی، سید ابوالحسن، وسیلة النجاة مع حواشی الامام الخمينی، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۲ ق.
۴. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۵. حائری، محمدحسن، وقف در فقه اسلامی و نقش آن در شکوفایی اقتصاد اسلامی، مشهد، بنیاد پژوهش های اسلامی آستان قدس رضوی، ۱۳۸۰ ش.
۶. حسینی روحانی، سید محمدصادق، فقه الصادق علیه السلام، قم، دار الکتب - مدرسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۲ ق.
۷. حسینی عاملی، سید محمدجواد بن محمد، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۸. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی ۳؛ تعهدات، تهران، مجد، ۱۳۸۰ ش.
۹. همو، شروط ضمن عقد، تهران، مجد، ۱۳۸۶ ش.
۱۰. صدوق، محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، من لایحضره الفقیه، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۱۱. طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمدعلی، ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۸ ق.
۱۲. طباطبایی حکیم، سیدمحسن، منهاج الصالحین (المحشى)، بیروت، دار المعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰ ق.
۱۳. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، تکملة العروة الوثقى، قم، کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۴ ق.
۱۴. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، الاستبصار فیما اختلف من الاخبار، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۹۰ ق.
۱۵. عاملی جعبی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقیه، حاشیه سیدمحمد کلانتر، قم، کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
۱۶. همو، مسالك الافهام فی شرح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۱۷. عاملی جزینی، محمد بن جمال الدین مکی، الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۱۸. علامه حلّی، ابومنصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۱۹. غروی نائینی، محمدحسین، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، تقریر موسی بن محمد نجفی خوانساری، تهران، المکتبه المحمدیه، ۱۳۷۳ ق.
۲۰. کاشف الغطاء، جعفر بن خضر مالکی، کشف الغطاء عن مبهمات الشریعة الغراء، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۲ ق.
۲۱. کاشف الغطاء، عباس بن حسن، منهل النعمان فی شرح شرائع الاسلام، نجف اشرف، مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۴ ق.

۲۲. کاشف الغطاء، محمدحسین بن محمدرضا، تحرير المجله، چاپ دوم، تهران، مجمع جهانی تقریب مذاهب اسلامی، ۱۴۳۲ ق.
۲۳. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۲۴. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، الکافی، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۲۵. گیلانی قمی، میرزا ابوالقاسم بن محمدحسن، جامع الشتات فی اجوبة السؤالات، تهران، کیهان، ۱۴۱۳ ق.
۲۶. مازندرانی، علی اکبر، دلیل تحریر الوسیلة - الوقف، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۳۰ ق.
۲۷. مجاهد طباطبائی حائری، سیدمحمد بن علی، کتاب المناهل، قم، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، بی تا.
۲۸. مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی، مرآة العقول فی شرح اخبار آل الرسول، تحقیق سیدهاشم رسولی محلاتی، چاپ دوم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۴ ق.
۲۹. محقق حلّی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۳۰. محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن، کفایة الاحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۳۱. موسوی خمینی، سیدمصطفی، الخیارات، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸ ق.
۳۲. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، منهاج الصالحین، چاپ بیست و هشتم، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ ق.
۳۳. موسوی سبزواری، سیدعبدالاعلی، مهذب الاحکام فی بیان الحلال والحرام، چاپ چهارم، قم، مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ ق.
۳۴. موسوی گلپایگانی، سیدمحمدرضا، هدایة العباد، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۱۳ ق.
۳۵. نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.

## تحلیل فقهی - حقوقی

# تسریع در اجرای حکم مدنی

## با تأکید بر اجرای موقت\*

- امیر انتظاری<sup>۱</sup>
- رسول مقصودپور<sup>۲</sup>
- سیدمحسن حسینی پویا<sup>۳</sup>
- احمد تاجی<sup>۴</sup>

### چکیده

می‌توان گفت اجرای حکم، غایت هدف محکوم‌له در فرایند دادرسی است؛ اما قوانین حاکم، شرط اجرای حکم را قطعیت رأی می‌دانند و نهاد اجرای موقت حکم در حقوق موضوعه جز در مواردی خاص پیش‌بینی نگردیده است، در حالی که این نهاد سابقاً در ماده ۱۹۱ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸/۰۶/۲۵ و

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۷/۱۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۱/۱۹.

۱. دانشجوی دکتری تخصصی حقوق خصوصی، گروه حقوق، واحد نیشابور، دانشگاه آزاد اسلامی، نیشابور، ایران (amir\_entezary@yahoo.com).
۲. استادیار گروه حقوق، واحد نیشابور، دانشگاه آزاد اسلامی، نیشابور، ایران (نویسنده مسئول) (maghsoudpour@gmail.com).
۳. استادیار گروه حقوق، واحد نیشابور، دانشگاه آزاد اسلامی، نیشابور، ایران (m.hoseini.p@gmail.com).
۴. استادیار گروه حقوق، واحد نیشابور، دانشگاه آزاد اسلامی، نیشابور، ایران (ahmad.taji@icloud.com).

بر اساس خواستگاه این قانون از حقوق فرانسه توسط قانون‌گذار تجویز شده بود. در این مقاله که به روش توصیفی و تحلیلی، ابتدا تسریع در اجرای حکم توصیف شده و سپس بر اساس اهمیت آن، اجرای موقت تحلیل گردیده است، در صدد اثبات این موضوع هستیم که اجرای موقت حکم به عنوان راهکاری مناسب در جهت احقاق حق بوده و تسریع در رسیدگی دارای سابقه فقهی است و روایاتی در فقه وجود دارند که به تسریع و عدم ملاحظه در مرحله صدور نظر دارند که می‌توانند با وحدت ملاک، مستند تجویز اجرای موقت احکام در مواردی قرار گیرند که ضرر جبران‌ناپذیری تصور شود. این در حالی است که اصولاً در فقه، رسیدگی یک مرحله‌ای و احکام قطعی است و با بررسی مصادیق اجرای موقت در حقوق فعلی به این سؤال پاسخ می‌دهیم که با استقراء در مصادیق نمی‌توان به یک قاعده عمومی و حکم اصطیادی دست یافت. لذا حذف نهاد اجرای موقت حکم از قانون آیین دادرسی مدنی اشتباه مؤثری بوده و ضرورت تقنین مجدد آن توسط قانون‌گذار وجود دارد.

**واژگان کلیدی:** اجرای موقت، اجرای قطعی، تسریع در دادرسی، دادرسی

فوری.

### مقدمه

یکی از مهم‌ترین مسائل مورد بررسی در مباحث قضایی، مبحث اجرای احکام است؛ به نحوی که مراجعان به محاکم، در نهایت به دنبال احقاق حقوق خود بوده که آن را در پس اجرای احکام صادره خواهند یافت. اجرای مناسب حکم، باعث عدالت اجتماعی و رضایت خاطر افراد و نهایتاً اعتماد به مراجع قضایی خواهد شد و بالتبع عدم اجرای به موقع و صحیح احکام، باعث خسارات متعدد، خدشه به عدالت، تضییع حقوق و نهایتاً بی‌اعتمادی به دستگاه قضا خواهد شد و از این روی بحث اجرای موقت حکم و آثار آن، نمود بیشتری خواهد داشت. به طور معمول، هر نهادی دارای معایب و مزایایی است که باید به دقت تحلیل و جوانب آن بررسی گردد. اجرای موقت حکم نیز دارای همین ویژگی است و پیشینه تقنینی آن در قانون، شناخت مزایا و معایب را سهل‌تر می‌سازد. در خصوص آثار منفی اجرای موقت حکم می‌توان به مشکلات ناشی از اعاده عملیات اجرایی، تراکم زیاد پرونده‌های اجرایی و نیاز به دادورز بیشتر جهت



تسریع در اجرا، افزایش هزینه‌های دادرسی، مسائل مربوط به خسارت‌های احتمالی به محکوم‌به، و احتمال ترافیعی شدن برخی امور غیر ترافیعی اشاره نمود. ولی در مقابل، اجرای موقت حکم دارای آثار بسیار مثبتی خواهد بود؛ از جمله: تسریع دادرسی و افزایش چشمگیر اقتدار و مشروعیت محاکم، افزایش فرهنگ صلح و سازش، تسریع در احقاق حق و افزایش رضایتمندی مراجعان، کاهش مراجعات مردم به محاکم قضایی، جلوگیری از رواج تضییع حقوق و اخلاق سیئه در پس افزایش اقتدار محاکم، از بین رفتن زمان طلایی در بسیاری از پرونده‌ها، کاهش جمعیت زندانیان و ...

در این مقاله به بررسی تسریع در اجرای حکم با تأکید بر اجرای موقت پرداخته و در فقه و حقوق موضوعه، مصادیق آن را جستجو و تحلیل نموده و در نهایت راهکار پیشنهادی را با جنبه کاربردی مطرح می‌نماییم. در مقام تحدید حدود بحث در حقوق موضوعه، ذکر این نکته ضروری به نظر می‌رسد که در ماده اول قانون اجرای احکام مدنی تنها در مورد احکامی صحبت شده که به طور موقت اجرا می‌گردند و به طور کلی اجرای موقت منصرف از قرارهاست؛ زیرا در قانون قرارهایی صادر می‌گردند که جنبه اجرایی دارند، مانند قرار تأمین خواسته که در آن اموالی از خوانده توقیف می‌گردد (ماده ۱۰۸ ق.آ.د.م.) یا قرار دستور موقت که ممکن است دایر بر توقیف مال یا انجام عمل یا منع از انجام عملی باشد (ماده ۳۱۶ ق.آ.د.م.) که در واقع برای حفظ حقوق یا جلوگیری از تضییع حقوق یکی از اصحاب دعوی صادر و جنبه اجرایی دارند و به قرارهای موقت شناخته می‌گردند که قانون‌گذار نحوه اجرای موقت آن‌ها را در قانون تصریح نموده است.

## ۱. اجرای حکم در فقه

امر قضا و قضاوت کردن در جوامع اسلامی از اهمیت فراوانی برخوردار است و در قرآن کریم به این مسئله اشاره گردیده،<sup>۱</sup> تا بدان حد که گفته شده است:

۱. ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ (نساء / ۵۸)؛ ﴿أَلَمْ تَرَ إِلَىٰ الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا نُزِّلَ إِلَيْكَ وَمَا أَنْزَلَ مِنْ قَبْلِكَ يَرِيدُونَ أَنْ يُتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ﴾ (نساء / ۶۰).

«شاخه‌ای از درخت ولایت و حکومت است و امور حکومت جز با آن به سامان نمی‌رسد، چون ستون محکم خیمه حکومت است» (یزدی، ۱۳۷۴: ۵۶/۳۹).

در فقه، مطالبی در باب آداب قضاوت مطرح گردیده که این آداب چیزی جز آنچه شایسته است قاضی انجام دهد یا ترک کند، نیست. این آداب در علم فقه، زیر عناوین «آنچه برای قاضی مستحب یا مکروه است» و «آنچه سزاوار است والی در گزینش قاضی و تعیین وی در منصب حکومتی در نظر گیرد»، تدوین یافته است (جمعی از مؤلفان، ۱۳۷۴: ۵۹/۳۹). اما اساس هر حکمی و انشای هر رأی و تصمیمی به دست قاضی است که به اجرای رأی و امرش دستور می‌دهد. سلمة بن کُهیّل از یاران امیرالمؤمنین علی علیه السلام روایت کرده که حضرت به شریح قاضی فرمود:

«انظر إلى أهل المعك والمطل ودفح حقوق الناس من أهل المقدره واليسار ممن يدلي بأموال المسلمين إلى الحكام، فخذ للناس بحقوقهم منهم وبع فيها العقار والديار فيأتي سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله يقول: مظل المسلم الموسر ظلم للمسلم. ومن لم يكن له عقار ولا دار ولا مال فلا سبيل عليه» (کلینی رازی، ۱۴۰۷: ۴۱۲/۷)؛ در مورد افرادی که در پرداخت دیون مردم با وجود امکان و قدرت، سهل‌انگاری می‌کنند، نظارت کن. حقوق مردم را با فروش املاک اموال از ایشان بگیر؛ زیرا من از رسول‌الله شنیده‌ام که می‌فرمود: سهل‌انگاری توسط شخص توانا، ستم بر مسلمانان داین است. البته شخص نادار چیزی بر او نیست.

پرداخت حقوق دیگران، از اصول عقلایی و مسلمات شرعی است (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۳/۲) و به همین جهت، ادای دین بعد از اجل و زمان سررسید بر مدیون واجب است (موسوی خمینی، ۱۴۲۵: ۱۴۱/۴). مواردی از جمله امتناع از اخذ ثمن یا مثنی، امتناع از وفای به شروط ضمن عقد، امتناع در باب رهن، امتناع از فروش مال احتکارشده، امتناع از طلاق و...<sup>۱</sup> از موارد دخالت حاکم در اجرای حکم است (مهجری، ۱۳۹۶: ۳۵). لذا مختصراً در خصوص جنبه فقهی اجرا اشاره می‌گردد که فقها در ذیل عبارت

۱. برای مطالعه بیشتر، روایت ابوبصیر (در باب نفقه) بیان می‌شود: «سمعت ابا جعفر علیه السلام يقول: من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يورثها ويطعمها ما يقيم صلبها، كان حَقًّا على الإمام أن يفرق بينهما» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۲۳/۱۵، به نقل از: محقق داماد، ۱۳۷۷: ۲۰۷/۳)؛ شنیدم که امام باقر علیه السلام می‌فرمود: هر کس از تأمین لباس و آذوقه همسر خویش خودداری نماید، امام حق دارد که میانشان جدایی افکند.

«الحاکم ولی الممتنع»، ولایت حاکم بر ممتنع را پذیرفته‌اند و شاید بتوان گفت که هیچ فقیهی در اصل ثبوت این معنا از ولایت تردید نداشته و به تعبیر صاحب جواهر، کسی که در این امر تردید نماید، اصلاً طعم فقه را نچشیده و از رموز سخنان معصومان علیهم‌السلام چیزی نفهمیده است (محقق داماد، ۱۳۷۷: ۲۰۳/۳).<sup>۱</sup> از همین رو برخی از فقهای معظم فرموده‌اند که در مواردی نظیر خودداری طلبکار از قبول دین، مدیون نمی‌تواند رأساً اقدام به اجبار ممتنع نماید (موسوی خمینی، ۱۴۲۵: ۱۴۱/۴)، بلکه حاکم به قائم مقامی از جانب ممتنع عمل می‌نماید و از باب ولایت انجام می‌دهد. بدیهی است که این امر جنبه فقهی اجرا را تأمین می‌نماید (مهاجری، ۱۳۹۶: ۳۵) و اجرای حکم توسط حاکم بر ممتنع از این باب است. اما در فقه، مواردی در خصوص تسریع در دادرسی و دادرسی فوری مشاهده می‌گردد که می‌تواند مبنایی بر اجرای موقت حکم باشد که بدان می‌پردازیم.

### ۱-۱. مبانی فقهی تسریع در اجرای حکم

هرچند قضاوت در اسلام واجب کفایی است، اما از اهمیت و شأن آن بسیار سخن گفته شده است. امام جعفر صادق علیه‌السلام می‌فرماید:

«اتَّقُوا الْحُكُومَةَ فَإِنَّ الْحُكُومَةَ إِنَّمَا هِيَ لِلْإِمَامِ الْعَالِمِ بِالْقَضَاءِ الْعَادِلِ فِي الْمُسْلِمِينَ كَنَبِيِّ أَوْ وَصِيِّ نَبِيِّ» (کلینی رازی، ۱۴۰۷: ۴۰۶/۷)؛ از قضاوت پرهیزید؛ زیرا قضاوت، حق امامی است که عالم به اسرار قضا و عادل در صدور حکم باشد، همچون نبی یا وصی او.

هدف قانون قضا در اسلام، رسیدگی به مشکلات و احقاق حق است که در صورت اجرای صحیح باید در سریع‌ترین زمان، فصل خصومت نماید. در این مجال، مبانی فقهی تسریع در اجرای حکم را در مصادیقی که عدم تسریع در اجرا موجب ضرر است، بررسی می‌نماییم.

۱. برای مثال، صاحب جواهر الکلام در مقام استدلال چنین می‌نویسد: «... لَأَنَّ لَهُ الْوَلَايَةَ الْعَامَّةَ» (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۸۸/۴۰) و یا امام خمینی در کتاب البیع می‌فرماید: «... لِأَنَّهُ مُقْتَضَى وَوَلَايَةِ الْحَاكِمِ» (موسوی خمینی، ۱۴۲۵: ۳۴۸/۵).

## ۱-۱-۱. کتاب

آیات متعددی در قرآن کریم، به اقامه عدل و داوری بر اساس حق امر می‌کند<sup>۱</sup> و بیزاری خداوند از ظلم و ضرورت اجتناب از آن را متذکر می‌شود.<sup>۲</sup> از تفسیر این آیات می‌توان دریافت که عدالت همیشه یک ارزش خداپسند است: ﴿فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ (مائده / ۴۲؛ قراتی، ۱۳۸۳: ۲/۲۹۸). «عدل» دوری از افراط و تفریط است که هم در عقاید و هم در رفتار شخص و جامعه مطرح است و سفارش آیه ﴿إِنَّ اللَّهَ يُأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾ (نحل / ۹۰) نیز هم به فرد و هم به حکومت‌هاست. عدل و احسان در کنار هم جاذبه دارند، وگرنه مقررات خشک، دل‌ها را التیام نمی‌دهد (همان: ۵۷۲/۴) و به معنای واقعی کلمه، آن است که هر چیزی در جای خود باشد. بنابراین هرگونه انحراف، افراط، تفریط، تجاوز از حد و تجاوز به حقوق دیگران، بر خلاف اصل «عدل» است (مکارم شیرازی، ۱۳۸۶: ۲/۵۹۳) و رعایت این اصل اقتضا می‌نماید که در موارد و مصادیقی، تسریع در دادرسی وجود داشته باشد. در این خصوص می‌توان گفت چنانچه اجرای موقت حکم قبل از قطعیت، مقتضی عدالت باشد، می‌تواند از مصادیق حکم به عدالت تلقی گردد؛ زیرا اجرای موقت حکم نیز تحت عنوان عام حکم قاضی داخل است و اجرای موقت هم با حکم قاضی مجاز است. در فقه، رسیدگی‌ها یک مرحله‌ای است و اطاله دادرسی به مفهوم فعلی بی‌معناست. در واقع، قیاس نظام موجود دادرسی با دادرسی فقهی، قیاسی مع الفارق است؛ زیرا در فقه، یا قاضی تصمیم نگرفته یا اگر تصمیمی گرفته، قطعی است و رأی قطعی وی باید اجرا گردد.

نظر به اینکه مصادیقی از دادرسی فوری با توجه به موضوع‌های مختلف در فقه مشاهده می‌گردد، ممکن است این سؤال مطرح شود که روایات ناظر به مرحله صدور

۱. ﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ (نساء / ۵۸)؛ و چون حاکم بین مردم شوید، به عدالت داوری کنید. ﴿وَإِنْ حَكَمْتَ فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ (مائده / ۴۲)؛ اگر حکم کردی میان آن‌ها، به عدالت حکم کن که خداوند آنان را که حکم به عدل می‌کنند، دوست می‌دارد. ﴿إِنَّ اللَّهَ يُأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾ (نحل / ۹۰)؛ همانا خداوند به عدل حکم می‌کند.
۲. ﴿إِنَّ اللَّهَ لَا يَظْلِمُ النَّاسَ شَيْئًا وَلَكِنَّ النَّاسَ أَنْفُسَهُمْ يَظْلِمُونَ﴾ (یونس / ۴۴)؛ خداوند هرگز به مردم ستم نمی‌کند، ولی مردم در حق خویش ستم می‌کنند.

حکم است. در پاسخ می‌توان گفت که روایات دلالت بر اهمیت تسریع در احقاق حق داشته و با وحدت ملاک، دلالت بر تسریع در اجرای حکم به عنوان جزء مهم قضا در اسلام بر مبنای عدل دارد.<sup>۱</sup> هرچند در ادامه مقاله به این موضوع بیشتر پرداخته می‌شود، اما در مانحن فیه می‌توان گفت که اطاله دادرسی در مفهوم فعلی، نوعی بدعت بوده و در مصادیقی که فوریت دارد، می‌تواند از مصادیق ظلم به شمار آید؛ زیرا در دوره طولانی رسیدگی و تطویل دادرسی تا اجرای حکم، آشفتگی و هزینه‌های فراوانی بر افراد تحمیل می‌گردد و نهایتاً اعتماد به نظام قضایی تقلیل می‌یابد.

### ۱-۲-۱. سنت

در احادیث منسوب به پیامبر اکرم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ و امیرالمؤمنین علی عَلَيْهِ السَّلَام مصادیق متعددی از تعجیل در انجام امور خیر و پرهیز از سهل‌انگاری که موجب تضییع حقوق افراد می‌گردد، مشاهده می‌شود.<sup>۲</sup> در بخشی از فرمان حضرت علی عَلَيْهِ السَّلَام به مالک اشتر نقل گردیده است:

«سپس برای دادرسی در میان مردم، کسی را برگزین که از دیدگاه تو افضل رعیت تو باشد؛ کسی که کارها او را به تنگنا نکشاند و فشار دادخواهان او را به لجاج و ستیزه و اندارد و در لغزشی که فرو افتاده، دیر نیاید و همین که حق را شناخت، در بازگشت بدان درنگ نرورد؛ ... کسی که از مراجعات دادخواهان دیرتر خسته و ملول گردد؛ شکیباترین کس در تحقیق و کشف حقایق باشد و پس از روشن شدن حکم، قاطع‌ترین فرد» (نهج البلاغه: ۵۳).

سلمة بن کهیل نقل می‌کند که امام علی عَلَيْهِ السَّلَام به شریح فرمود:

۱. عده‌ای از فقها، این حدیث مشهور نبوی را در بحث حاجب نقل کرده و آن را دال بر تسریع در اجرای حکم و دادرسی فوری دانسته‌اند: «مَنْ وَلِيَ شَيْئًا مِنْ أُمُورِ النَّاسِ فَاحْتَجِبْ دُونَ حَاجَتِهِمْ وَفَاقْتِهِمْ، احْتَجِبَ اللَّهُ عَنْهُ دُونَ حَاجَتِهِ وَفَاقَتِهِ وَقَرَهُ» (ابن بَرَّاج طرابلسی، ۱۴۰۶: ۵۹۲/۲)؛ هر کس عهده‌دار امور مردم گردد، اما از دسترسی مردم به نیاز و خواسته‌شان جلوگیری کند، خداوند از دسترسی وی به نیاز و خواسته‌اش جلوگیری خواهد کرد (جمعی از مؤلفان، ۱۳۷۴: ۸۲/۴۰). چنان که شهید در مسالک، این نظر فخرالمحققین در *ایضاح الفوائد* را نقل و آن را تحسین کرده است: «چون وجود حاجب، موجب تعطیل حق می‌شود، در مواردی که قضاوت فوری لازم است. حدیث گواه این مدعاست، وگرنه مقید به کراهت می‌شد» (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳۷۷/۱۳).

۲. «إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ مِنَ الْخَيْرِ مَا يُعَجَّلُ» (کلینی رازی، ۱۴۰۷: ۱۴۲/۲).

«بر قدرتمندانِ توانگری که در ادای اموال و حقوق مردم، امروز و فردا می‌کنند و اموال مردم را نزد حکام می‌فرستند، نظارت کن و حقوق مردم را از آنان بگیر و اگر ملک و خانه‌ای دارند، بفروش و حقوق مردم را ادا کن. از پیامبر شنیدم که می‌فرمود: امروز و فردا کردن مسلمان توانگر نسبت به پرداخت حقوق مردم، ظلم به مسلمانان است»<sup>۱</sup> (کلینی رازی، ۱۴۰۷: ۴۱۲/۷).

با توجه به قاعده لاضرر، مصادیقی که موجب ضرر است، در مقابل این فرمایشات قرار می‌گیرد که نتیجه‌ای جز بی‌اعتمادی به محاکم به جهت عدم تظلم خواهی به‌هنگام و سرخوردگی از مراجعه به محاکم را در پی نخواهد داشت و اجرای موقت حکم به‌عنوان راهکاری در جهت تسریع در دادرسی، به نحوی تسریع در خیر و عدل است. البته ممکن است که گفته شود دادرسی دو طرف دارد و در صورت نقض حکم، طرف مقابل متضرر می‌گردد که در پاسخ می‌توان گفت اصولاً اجرای موقت حکم با اخذ تأمین مناسب صورت می‌گیرد که در صورت نقض حکم، امکان جبران خسارات مهیا باشد و اکنون نیز در نظام دادرسی، تأمین خواسته و دستور موقت به همین کیفیت انجام می‌پذیرد، هرچند که رأی قطعی اجراشده نیز ممکن است به دلایلی چون اعاده دادرسی نقض و اجرا اعاده گردد.

### ۱-۳. عقل

از منظر عقل، موضوع آشکار است؛ زیرا انسان در سایه عقل نظری، به معارف و علوم روی می‌آورد و با کسب بصیرت، حقایق عالم را می‌یابد؛ چنان که به کمک عقل عملی، به نظم و ترتیب امور زندگی می‌پردازد و حالات شخصی و روابط اجتماعی خود را سامان می‌دهد. بنا به بیان فقها:

۱. همچنین: «أخبرنا جماعة عن أبي المفضل، قال: حَدَّثَنَا الْفَضْلُ بْنُ مُحَمَّدِ بْنِ الْمَسِيَّبِ الْبَيْهَقِيُّ، قَالَ: حَدَّثَنَا هَارُونَ بْنُ عَمْرٍو الْمَجَاشِعِيُّ وَحَدَّثَنَا الرِّضَا عَلِيُّ بْنُ مُوسَى، عَنْ أَبِيهِ مُوسَى، عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنْ آبَائِهِ، عَنْ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ، قَالَ، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ: لِيَ الْوَالِدُ بِالذِّينِ يَحِلُّ عَرْضُهُ وَعَقُوبَتُهُ مَا لَمْ يَكُنْ دِينُهُ فِيمَا يَكْرَهُ اللَّهُ سُبْحَانَهُ» (مجلسی دوم، ۱۴۱۰: ۱۴۶/۱۰)؛ ... امیرالمؤمنین علی بن ابی طالب عَلَيْهِ السَّلَامُ فرمود: رسول اکرم صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فرمود: مسامحه و ملاحظه بدهکاری که توان پرداخت بدهی خود را دارد، آبرو و مجازات او را حلال می‌کند، تا آن زمان که بدهی او در مواردی نباشد که خداوند تَعَالَى آن را مکروه می‌دارد.

«گرچه عقل بشر از درک همه ملاکات پیچیده احکامی که وحی به جامعه بشری عرضه نموده، ناتوان است، و به همین دلیل ملازمه حکم عقل و حکم شرع به یک صورت آن اختصاص داده شده است که هر کجا عقل به طور قطعی حکم کند، شرع نیز آن را تأیید کرده است» (عمید زنجانی، ۱۳۷۷: ۲/۲۲۴).

اطاله دادرسی و تشریفات رسیدگی، موضوع مبتلا به امروز است و در فقه، این تطویل مشاهده نمی‌گردد و اساساً فقه تاب دو فصل از رسیدگی را بر نمی‌تابد. چون اطاله دادرسی در اغلب مصادیق، موجب ضرر بوده و حکم ضرری در اسلام وجود ندارد، عقل نیز در موارد ضروری، تسریع در اجرای حکم را تأیید می‌کند. دلیل بر این مطلب آن است که احکام شرع مبتنی بر مصالح و مفاسدی است که از انجام آن عمل به مردم می‌رسد؛ پس وقتی عقل در انجام کاری مصلحتی ببیند، شرع هم آن را توصیه می‌کند<sup>۱</sup> و این نشان‌دهنده این حقیقت است که وجوب دفع ضرر در جایی که عدم اجرای موقت حکم، باعث ضرر جبران‌ناپذیری شود، دلیل عقلی است و این دلیل عقلی، برهانی است نظری که مبتنی بر حسن و قبح است و بنای عقلا که حاکی از عمل و رفتار خردمندان است، آن را تأیید می‌نماید و مورد ردع شارع هم واقع نشده است. وجوب دفع ضرر، حکم عقلی واقعی است و در اموری، دفع ضرر با تسریع دادرسی و اجرای موقت حکم میسر می‌گردد؛ زیرا در مصادیقی که ماطله در اجرای رأی بدوی و انتظار جهت قطعی شدن رأی، باعث خسارات و تضرر جبران‌ناپذیری برای خواهان گردد، تجویز اجرای موقت حکم، ناشی از درک روشن حقایق عقلی است و بنای عقلا که حکایت از رفتار و عمل خردمندان در این مصادیق دارد، آن را تأیید می‌نماید و این تجویز در بنای عقلا، رفتاری کاملاً عقلی تحلیل می‌گردد و درست می‌باشد؛ کما اینکه در حقوق جمهوری اسلامی ایران که قوانین از نظر مطابقت با شرع به تأیید و تصویب شورای نگهبان قانون اساسی می‌رسند، مصادیقی از اجرای موقت حکم مشاهده می‌گردند<sup>۲</sup> که تأثیر بسیار مطلوبی در دفع آثار ضرری مربوطه دارند.

۱. «كُلُّ مَا حَكَمَ بِهِ الْعُقُلُ حَكَمَ بِهِ الشَّرْعُ»

۲. در ادامه مقاله، به مصادیق اجرای موقت حکم در حقوق موضوعه پرداخته شده است.

## ۲-۱. تحلیل قواعد فقهی

در راستای تحلیل ملاک‌های مورد بحث، به قواعدی فقهی نیز رجوع می‌گردد تا موضوع مورد بررسی بیشتری قرار گیرد.

### ۱-۲-۱. قاعده لاضرر

صرف نظر از اینکه در اصل مشروع بودن یا گستره شمول قاعده لاضرر و امکان اثبات حکم به وسیله آن تردید وجود دارد، قاعده مذکور که به واقع یک مضمون روایی است، مرتبط با موضوع است؛ زیرا قاعده مذکور که قاعده‌ای عقلی است و در تمام ابواب فقه جریان دارد، حرمت ضرر و ضرار را اثبات می‌نماید. واژه ضرر نیز هر زیان مالی، بدنی و حیثیتی را در بر می‌گیرد (جمعی از مؤلفان، ۱۳۷۴: ۱۱۲/۹).

در جهت دفع این ایراد که قاعده مذکور یک قاعده امتثالی است و نباید امتنان به یک شخص با امتنان بر دیگری در تعارض باشد و اجرای موقت حکم ممکن است به ضرر طرف دیگر دادرسی تمام شود، می‌توان گفت که دستور اجرای موقت حکم باید با اخذ تأمین متناسب طبق نظر دادگاه رسیدگی کننده صادر گردد<sup>۱</sup> و صدور دستور اجرای موقت حکم، منوط به درخواست خواهان و اخذ تأمین متناسب از وی باشد و این مهم در راستای تأمین خسارات احتمالی وارده به طرف مقابل است؛ کما اینکه در دستور موقت و تأمین خواسته نیز همین روند جاری است و موجد آثار مثبت بسیاری هستند.<sup>۲</sup> لذا نظر به اینکه ضرر، مفهومی نسبی دارد و هر زیان مادی و حتی معنوی را در بر می‌گیرد، عدم تسریع در اجرای حکم در مواردی که نیاز به تسریع دارد، مصداق ضرر بوده و مورد نهی شارع می‌باشد. در ادامه به مصادیقی اشاره خواهد شد که تسریع در دادرسی و دادرسی فوری در فقه نیز بنا به موضوع دارای سابقه است که اهمیت موضوع را نمایان می‌سازد.

۱. در مصادیق موجود که در این مقاله مورد بررسی قرار گرفته است، دستور اجرای موقت حکم، منوط به تأمین خسارات احتمالی نیست؛ ماده ۱۷۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی و ماده ۴۷۷ قانون تجارت.
۲. نکته جالب اینکه در قوانین فعلی ایران، نهاد اجرای موقت وجود ندارد؛ اما مصادیقی از اجرای موقت حکم مطرح است که اجرای آن‌ها منوط به اخذ تأمین خسارات احتمالی نیست!



## ۲-۲-۱. قاعده اتلاف

قاعده اتلاف از قواعد مشهور فقهی است که در مورد ضمان به آن استناد می‌کنند.<sup>۱</sup> خداوند متعال در قرآن کریم می‌فرماید: ﴿وَجَزَاءٌ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾ (شوری / ۴۲) و ﴿فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ (بقره / ۱۹۴). همچنین در شعر شاعر آمده است:

قالوا اقترح شيئاً نجد لك طبعه      قلت اطبخوا لي جبة وقميصاً<sup>۲</sup>

اسلام، دین تجاوز و تعدی نیست و نظام قانون‌گذاری باید به نحوی باشد که موجب یأس مسلمانان نگردد (قرآنی، ۱۳۸۶: ۳۰۶/۱). لذا کسی که مال دیگری را بدون اجازه و رضایت او تلف کند، ضامن صاحب مال است (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱: ۴/۱). به دلالت این قاعده، عدم تسریع در اجرای حکم و عدم اجرای موقت حکم در مصادیقی که تسریع در آن اهمیت دارد، مصداق قاعده و مورد نهی شارع است؛ زیرا در این مصادیق که در ادامه به نمونه‌ای از آن‌ها اشاره می‌گردد، حداقل در انقضای تاریخ مصرف، وجهی از اتلاف ایجاد خواهد کرد؛ برای مثال اموال و اشیاء مهم و کمیابی از پزشکی غصب گردیده که نه تنها امکان درمان بیماران را از آن فرد حاذق سلب نموده است، بلکه عدم دسترسی به اقلام مذکور، موجب تلف آن اموال حیاتی و کمیاب خواهد شد و حداقل در انقضای تاریخ مصرف، وجهی از اتلاف ایجاد خواهد کرد؛ زیرا این اقلام، کاربرد حیاتی در درمان دوره‌ای بیماران دارد و نه تنها زمان بسیار حائز اهمیت است، بلکه تبدیل عین به قیمت یا پرداخت خسارت تأخیر به هیچ عنوان مطلوب نبوده و باعث جبران خسارات شدید وارده ناشی از عدم تسریع در دادرسی نخواهد شد و این صرف‌نظر از منافع تلف‌شده است. در چنین مصادیقی، اجرای موقت حکم می‌تواند راهگشا باشد و از تضییع حق جلوگیری نماید و به اجرای عدالت نزدیک‌تر گردد.

۱. «من أتلف مال الغير فهو له ضامن». معنای قاعده این است که هر کس مال دیگری را بدون اجازه او تلف یا مصرف کند و یا مورد بهره‌برداری قرار دهد، ضامن صاحب مال است (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱: ۳/۱).

۲. «گفتند چیزی پیشنهاد کن تا آن را برایت بپزم. گفتم برای من جبه و پیراهنی طبخ کنید». گویا این قوم راهزنان بوده‌اند که شاعر را در اسارت داشتند و پیراهن و جبه او را ربوده بودند (همان).

### ۳-۱. تحلیل و بررسی مصادیقی از تسریع در دادرسی و تسریع در اجرای

#### حکم در فقه

گاهی اوقات در دادرسی شرایط و موارد خاصی ایجاد می‌گردد که احتیاج به قضاوت فوری است و به اصطلاح حقوقی، نوعی دادرسی فوری و اجرای موقت حکم الزامی است. اصولاً از منظر فقه، رسیدگی یک مرحله‌ای است و احکام قطعی و غیر قابل اعتراض هستند و بلافاصله پس از صدور، قابلیت اجرا دارند و به بیان فقها، یک نزاع قابلیت برای دوفصل را ندارد و در موارد محدودی جواز نقض را پذیرفته‌اند (رشتی‌گیلانی نجفی، ۱۴۰۱: ۱۰۷) که حکایت از اجرای سریع احکام در فقه دارد.

با این حال و عدم اطاله دادرسی به کیفیت فعلی در فقه و اجرای سریع احکام، باز هم به جهت رعایت حق الناس، مستنداتی در جهت دادرسی فوری وجود دارد. با تتبع در فقه مشاهده می‌گردد که هرچند لازم نیست قضاوت به صورت فوری باشد، اما اگر سبب تضرر هر دو طرف یا یکی از آن‌ها باشد، در این صورت فوریت آن واجب است؛ مگر آنکه عذری در میان باشد (خدابخشی، ۱۳۹۳: ۷۱۶). عده‌ای از فقها، این حدیث مشهور نبوی را در بحث حاجب نقل کرده و آن را دلیل بر این امر دانسته‌اند.

ممکن است این سؤال مطرح گردد که روایات مذکور، ناظر بر مرحله صدور حکم است و حکمی در مورد مرحله اجرای حکم ندارد. لکن در پاسخ می‌توان گفت روایاتی که به تسریع و عدم ممانعت در مرحله صدور حکم نظر دارد، با وحدت ملاک می‌تواند مستند تجویز اجرای موقت احکام در مواردی که ضرر جبران‌ناپذیری تصور شود، قرار گیرد؛ زیرا در فقه، رسیدگی‌ها یک مرحله‌ای است و به قیاس اولویت وقتی در همین رسیدگی‌های یک مرحله‌ای و حکم قطعی باز هم در مصادیقی که ضرر متصور است، روایات تسریع در قضاوت را تأکید می‌کند و ملاک را جلوگیری از ضرر می‌داند، لذا با همین مبنای مشترک، تسریع و عدم ممانعت می‌تواند در اجرای موقت احکام نیز تجویز گردد.

«مَنْ وَلِيَ شَيْئًا مِنْ أُمُورِ النَّاسِ فَاحْتَجِبْ دُونَ حَاجَتِهِمْ وَفَاقْتِهِمْ، احْتَجِبَ اللَّهُ عَنْهُ دُونَ حَاجَتِهِ وَفَاقَتِهِ وَفَقْرَهُ» (ابن بَرَّاج طرابلسی، ۱۴۰۶: ۵۹۲/۲)؛ هر کس عهده‌دار امور مردم

گردد، اما از دسترسی مردم به نیاز و خواسته‌شان جلوگیری کند، خداوند از دسترسی وی به نیاز و خواسته‌اش جلوگیری خواهد کرد (جمعی از مؤلفان، ۱۳۷۴: ۸۲/۴۰).

چنان که شهید در *مسالك*، این نظر فخرالمحققین در *ایضاح الفوائد* را نقل و آن را تحسین کرده است:

«چون وجود حاجب، موجب تعطیل حق می‌شود، در مواردی که قضاوت فوری لازم است؛ حدیث گواه این مدعاست، وگرنه مقید به کراهت می‌شد» (عاملی جعی، ۱۴۱۳: ۳۷۷/۱۳).

همچنین در این سؤال که اگر مردی زوجیت زنی را ادعا کند، آیا آن زن قبل از ختم دعوی جایز نیست با شخص دیگری ازدواج کند؟ دو نظر ابراز گردیده است: یک نظر قائل به آن است که چون حقی ثابت نشده و زن مسلط بر نفس خودش هست، به حسب ظاهر می‌تواند ازدواج کند و در صورت بطلان دعوی نیز به واقع، ازدواج او صحیح خواهد بود<sup>۱</sup> (خدابخشی، ۱۳۹۳: ۷۱۶).

نظر دیگر معتقد است که این زن در معرض ثبوت زوجیت برای مرد مدعی است و این کار او سبب تفویت حق آن مرد می‌شود. همچنین ممکن است تفصیل داده شود بین موردی که دعوی طولانی نیست و جایی که دعوی طولانی می‌شود که در صورت اخیر، زن مدعی علیها امکان ازدواج دارد. حقی که برای مرد ذکر شده است عبارت است از نوعی حق اقتضایی که بر حسب طبع و شرایط هر دعوی تفاوت می‌کند و خصوصیت آن را قاضی می‌داند که به موازین قضا آگاه‌تر است. همچنین قاضی می‌تواند طرف دعوی را ملزم به تعجیل در دعوی نماید که در این صورت، اطاله دعوی مطرح نمی‌شود (همان).

بهترین نظر آن است که موضوع بر حسب اختلافات، جهت و موارد هر دعوی که

۱. «مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ فَصَّالَةَ بْنِ أَيُّوبَ عَنْ عُمَرَ بْنِ أَبَانَ الْكَلْبِيِّ عَنْ مَيْسَرَةَ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام: أَلْقَى الْمَرْأَةُ بِالْقَلَاءِ الَّتِي لَيْسَ فِيهَا أَحَدٌ. فَأَقُولُ لَهَا: لَكَ رَوْحٌ؟ فَتَقُولُ: لَا، فَأَتَزَوَّجُهَا. قَالَ: نَعَمْ، هِيَ الْمُصَدِّقَةُ عَلَيَّ نَفْسِهَا».

«عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ وَمُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ جَمِيعًا عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادِ بْنِ عُمَانَ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام أَنَّهُ قَالَ فِي الْمَرْأَةِ الَّتِي تَحْطُبُ إِلَى نَفْسِهَا، قَالَ: هِيَ أُمَّلُكَ نَفْسِهَا، تُوَلَّى أَمْرَهَا مَنْ شَاءَتْ، إِذَا كَانَ كُفُوًا بَعْدَ أَنْ تَكُونَ قَدْ نَكَحَتْ رَجُلًا قَبْلَهَا» (کلینی رازی، ۱۴۰۷: ۳۹۲/۵).

قاضی از آن‌ها آگاه‌تر است، بررسی گردد و بین هر دعوی با دعوای دیگر فرق گذاشته شود (سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۴/۲۴۳).

هرچند که احتیاط صورت گرفته به دلیل تعارضی است که بین اصل عدم زوجیت و اصل لزوم احتیاط در دماء و فروج است، اما از این سخن به نوعی مبنای دادرسی فوری و به نحوی اجرای موقت به دست می‌آید؛ زیرا قاضی موضوع را با طرح هر دعوی بررسی می‌کند، همچنان که می‌تواند اطاله رسیدگی را مرتفع و تشریفات را کم کند و دعوی را سریع‌تر پیش ببرد. بنابراین با وحدت ملاک از رسیدگی بدون تشریفات (خدابخشی، ۱۳۹۳: ۷۱۷)، تسریع در دادرسی و اجرای موقت حکم نیز قابل استنتاج است؛ زیرا وقتی قاضی هر دعوی را بر حسب جهات و کیفیات مختلف خاص هر موضوع بررسی می‌نماید، او که به موازین قضاء آگاه‌تر است و بین هر دعوی با دعوای دیگر فرق می‌گذارد، می‌تواند دستور اجرای حکم را در شرایط خاصی از موضوع نیز صادر نماید و تمام دعوای را با تشریفات یکسان رسیدگی نکند و اجرا را سریع‌تر پیش برد، که این موضوع به عدالت نیز نزدیک‌تر است. حتی در مورد دیگر گفته شده که اگر عدالت شهود تعرفه‌شده مدعی، معلوم نباشد و مدعی از قاضی بخواهد که تا زمان حضور شهود مزگی، مدعی علیه را حبس کند، آیا از او پذیرفته می‌شود؟ نقل شده که شیخ طوسی گفته است که چون حق الدعوای مدعی ثابت شده است و این حق متوقف بر احضار شهود است و اگر مدعی علیه حبس نگردد، ممکن است فوت نماید و امکان وصول حق نباشد، می‌توان او را حبس کرد. در مقابل جواب داده‌اند که لزومی به حبس مدعی علیه نیست و می‌توان به نحوی از او مراقبت کرد که ضرری نداشته باشد؛ مثلاً زمان کوتاهی از او مراقبت کرد تا با این کار ضرری به مدعی علیه وارد نیاید (طوسی، ۱۳۸۷: ۸/۹۳).

۱. برای مطالعه بیشتر: «قال قوم یقضی بها له، لأن البینه یشهد بها للمحبوس وهو مکذب، ومن کذب بینه فیما شهدت به له سقطت، ویكون الدار لزید، وقال آخرون: إنا نقضی بالدار أن بیاع فی الدین لأن البینه شهدت بشیین أحدهما المال للمحبوس، والثانی یقضی دینه منها، فإذا قال لیست لی صدق فی حق نفسه ولم یصدق فی حق الغرماء فیبایع فی الدین. فإذا فرغ منه ولم یبق له مال نادى منادی القاضی ثلاثاً إن فلاناً قضی بینه و بین خصمه، فإن كان له خصم فلیحضر، فإن حضر حکم بینهما، وإن لم یحضر له خصم أطلقه بغير یمین...» (طوسی، ۱۳۸۷: ۳/۹۵-۹۳).

در این فرض نیز مشاهده می‌گردد که مدعی شهودی را در اختیار دارد، اما در عدالت یا فسق آن‌ها تردید است. به عبارت دیگر، زمینه‌ای برای اثبات دعوی وجود دارد، اما باید بررسی بیشتری صورت بگیرد و دادگاه نیز با توجه به اقتضای مورد و وجود زمینه برای اثبات ادعا، تصمیم به دادرسی فوری می‌گیرد و بر حبس مدعی علیه اقدام می‌کند. هرچند این مصداق دلیلی دیگر بر پذیرش دادرسی فوری در فقه می‌باشد و این پرسش مطرح می‌گردد که روایت مذکور ناظر به مرحله اجرای حکم نیست، اما چون مبنای این فوریت، اجرای سریع عدالت مدّ نظر قاضی است، می‌توان با وحدت ملاک از این نحوه رسیدگی، به اهمیت عدم مداخله در اجرای عدالت و جلوگیری از ضرر پی برد و آن را مستند تجویز اجرای موقت احکام در مواردی که خسران شدیدی تصور گردد، قرار داد. حتی اگر این روایات، مبنایی برای تجویز اجرای موقت حکم نباشد، حداقل در تأکید مبنای اجرای موقت قابل تحلیل است و این در حالی است که جهات ردع هم در فقه مشاهده نمی‌گردد؛ زیرا همان طور که بیان شد، در فقه اصولاً اجرای موقت حکم وجود ندارد و هنگامی که قاضی تصمیمی می‌گیرد، قطعی است و اجرا می‌گردد. درست است که مصادیق مذکور اجرای موقت حکم نیست و عملاً تأثیری در ماهیت دعوی ندارد و در ماهیت نوعی تأمین محسوب می‌گردد، اما از همین مبنا، تسریع در دادرسی و به تبع آن اجرای موقت قابل استنتاج است. چه بسا اگر قائل بر چنین ادعایی نباشیم، با محدود کردن دامنه اختیارات تقنینی در دعاوی مختلف، امکان قانون‌گذاری در باب اجرای موقت و به‌هنگام تصمیمات و احکام را در مواردی که نیاز به تصمیم‌گیری فوری دارد، سلب کرده‌ایم که این محدودیت دور از اجرای عدالت بوده و پسندیده نیست.

## ۲. اجرای موقت حکم در حقوق موضوعه

بحث از اجرای موقت حکم در ماده نخست قانون اجرای احکام مدنی مصوب

۱۳۵۶ مشاهده می‌شود که در این ماده در مبحث اول در مقدمات اجرا می‌خوانیم:

«ماده ۱- هیچ حکمی از احکام دادگاه‌های دادگستری به موقع اجرا گذارده نمی‌شود،

مگر اینکه قطعی شده یا «قرار اجرای موقت» آن در مواردی که قانون معین می‌کند،

صادر شده باشد».

اجرای موقت حکم در این ماده، به معنای اجرای حکم غیر قطعی است (مدنی، ۱۳۷۸: ۴۶/۳)؛ یعنی اجرا کردن حکمی که قابل اعتراض یا پژوهش است (متین دفتری، ۱۳۷۸: ۸۹/۲) یا نوعی استثنایی حکم، به این معنا که بعضی احکام جهت اجرا، نیازی به قطعی شدن ندارند و لذا اجرای آن‌ها موقت تلقی می‌گردد (رودیجانی، ۱۳۹۶: ۳۰). اما در حال حاضر در نظام قضایی جمهوری اسلامی ایران، چنین قراری جهت اجرای موقت حکم وجود ندارد.

## ۲-۱. تحلیل مبانی تسریع در اجرای حکم و اجرای موقت حکم در حقوق

### موضوعه

مبانی تسریع در اجرای حکم را می‌توان از منظر اصول کلی حقوقی و دادرسی منصفانه تحلیل نمود؛ زیرا از نظر مدعی، وصول محکوم‌به و اجرای عینی خواسته وی، نماد و تبلور احقاق حق است و تا زمانی که ثمره عینی اجرای حکم متبلور نگردد، نتیجه ملموسی از اجرای عدالت اتفاق نیفتاده است که این مهم در تسریع اجرای حکم در مصادیق خاص، نمود عینی خواهد داشت. همچنین تسریع در دادرسی باید به عنوان یک اصل لحاظ گردد که یکی از عمده مراحل اطاله دادرسی، مرحله اجرای حکم پس از قطعیت است که با تقنین اجرای موقت در مصادیق خاص، این اصل نیز نمود بیشتری خواهد یافت.

حقوق سایر کشورها نیز با یکنواخت‌سازی در دادرسی به سمت تسریع در دادرسی رفته است؛ به طوری که مؤسسه حقوق آمریکا با همکاری مؤسسه بین‌المللی یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی<sup>۱</sup> از مفهوم «اجرای فوری عدالت» نام برده است که شامل اقدامات سریع و مؤثر در جهت تسریع در دادرسی و اجرای موقت احکام است (ALI/UNIDROIT, 2006: 25).

با تتبع در پیشینه قانونی اجرای موقت حکم ملاحظه می‌شود که قانون‌گذار این نهاد بسیار مهم را تقنین نموده و مصادیق آن را نیز احصا و بیان کرده است؛ به نحوی که در

1. UNIDROIT.

ماده ۱۹۱ قانون آیین دادرسی مدنی<sup>۱</sup> مصوب ۱۳۱۸/۰۶/۲۵ توسط قانون‌گذار، اجرای موقت حکم در موارد مشخصی تجویز شده بود که اکنون با توجه به ماده ۵۲۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹/۰۱/۲۱ نسخ شده و هم‌اکنون در نظام قضایی ایران، قرار اجرای موقت حکم وجود ندارد، مگر آنکه در موردی خاص، قانون‌گذار این اجرای موقت را تجویز نموده باشد؛ برای مثال در ماده ۴۱۷ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱/۱۲/۱۳ آمده است: «حکم ورشکستگی به طور موقت اجرا می‌شود» که بر اساس این تصریح می‌توان اجرای موقت حکم را تجویز و اجرا کرد. رویکرد کنونی حقوق فرانسه به عنوان خواستگاه مواد قانون مذکور، دلالت بر گسترش مصادیق و موارد اجرای موقت حکم داشته، به نحوی که فرانسه تقاضای اجرای احکام غیر قطعی خارجی و همچنین احکام پرداخت نفقه را که قابل تغییرند، می‌پذیرد (الماسی، ۱۳۶۹: ۹۶-۹۷) و کشورهای دیگر که تحت تأثیر حقوق فرانسه بوده‌اند نیز از نهاد

۱. «مبحث پنجم: در اجرای موقت احکام. ماده ۱۹۱- اجرای موقت احکام فقط به درخواست یکی از اصحاب دعوی می‌شود و آن هم مخصوص است به موارد زیر: ۱- وقتی که حکم به موجب اسناد رسمی صادر شده و یا به موجب اسناد عادی که طرف اعتبار آن اسناد را اعتراف کرده. ۲- وقتی که موعد اجاره منقضی شده و به موجب حکم دادگاه، مستأجر محکوم به رد یا تسلیم یا تخلیه عین مستأجره شده است. ۳- در موقعی که دادگاه حکم کرده است که عین خواسته از تصرف عدوانی خارج شده و به متصرف اول تسلیم شود. ۴- وقتی که در منازعات راجعه به اجیر نمودن و اجیر شدن، حکم دادگاه در باب مرخصی اجیر صادر شده است. ۵- در کلیه احکامی که در دعوی بازرگانی صادر می‌شود. ۶- در کلیه مواردی که اوضاع و احوال مدلل کند که به واسطه تأخیر اجرای حکم یا قرار دادگاه، خسارت کلی برای محکوم‌له حاصل خواهد شد و یا اینکه تأخیر، باعث عدم اجرای حکم یا قرار در آتیه خواهد بود». برای آگاهی بیشتر از قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸: «ماده ۱۹۵- هر گاه مدعی درخواست اجرای موقت کرده و دادگاهی که رسیدگی نخستین نموده، در حکم خود راجع به اجرای موقت قراری نداده باشد، دیگر نمی‌تواند در این باب رأی بدهد و محکوم‌له فقط از دادگاهی که مرجع رسیدگی پژوهش است، اجرای موقت را می‌خواهد، اگرچه هنوز از حکم پژوهش خواسته نشده باشد. ماده ۱۹۶- دادگاه مذکور فوق، درخواست محکوم‌له را به طرف ابلاغ و معجلاً رسیدگی کرده رأی می‌دهد، بدون اینکه رسیدگی به درخواست اجرای موقت را منوط به رسیدگی به ماهیت دعوی کند. رأی شماره ۸۱۷-۱۳۰۹/۱۰/۲۵ دادگاه عالی انتظامی قضاوت: قبول تقاضای اجرای موقت حکم و صدور قرار آن در مرحله استینافی با اینکه قبلاً از محکمه بدوی تقاضا نشده بود، تخلف نیست؛ زیرا اگرچه مستنبط از مواد مربوطه مورد تقاضای اجرای موقت در مرحله استینافی جایی است که بدو این تقاضا از محکمه‌ای که به دعوی در مرحله اول رسیدگی کرده شده و محکمه آن را رد نموده باشد، ولی قضیه قابل حمل بر نظر قضایی است».

اجرای موقت بهره می‌برند.<sup>۱</sup> اما با توجه به اهمیت اجرای موقت، متأسفانه قانون‌گذار در قانون جدید آیین دادرسی مدنی، این مهم را نادیده گرفته و به فراموشی سپرده است و بر خلاف نظر برخی که اعتقاد دارند هرچند ماده ۱۹۱ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۱۸ در قانون جدید نیامده، اما سکوت مقنن دلالت بر مغایرت ندارد<sup>۲</sup> (بهرامی، ۱۳۸۳: ۳۵۱) و علی‌رغم اینکه قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ صراحتاً نسخ گردیده، اما ارجاع به مواد مزبور در ماده ۱ قانون اجرای احکام مدنی و پیش‌بینی اجرای موقت حکم در این قانون، به منزله تصریح به همان مواد در متن قانون است و به این طریق می‌توان گفت که مواد مزبور در قانون اجرای احکام مدنی وجود دارد و همچنان باقی است. ملاحظه می‌کنیم که ماده ۵۲۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹/۰۱/۲۱ صراحتاً قانون آ.د.م. مصوب ۱۳۱۸ را به همراه الحاقات و اصلاحات آن نسخ نموده و به همین دلیل نمی‌توان دیگر به آن قانون ارجاع داد؛ منتها این نسخ شامل مصادیق اجرای موقت که در سایر قوانین ذکر شده، نمی‌باشد و آن مصادیق همچنان به قوت خود باقی هستند و مواردی در قوانین مختلف وجود دارند که باید مورد توجه قرار گیرند و به همین دلیل است که قسمت اخیر ماده نخست

۱. قانون‌گذار مصری در قوانین متعددی، اجرای موقت حکم را پیش‌بینی نموده است؛ از جمله در قانون «المرافعات المدنیة والتجاریة» که قانون آیین دادرسی مدنی و تجاری این کشور می‌باشد و در سال ۲۰۰۷ به موجب قانون «بتعدیل بعض احکام قانون المرافعات المدنیة والتجاریة» و قانون «الإثبات فی الموائد المدنیة والتجاریة» اصلاح گردیده است. حسب ماده ۲۸۷ قانون «المرافعات المدنیة والتجاریة»، امکان اجرای حکم قبل از استیناف و قطعیت وجود ندارد، مگر آنکه در قانون پیش‌بینی شده یا قاضی بدان حکم داده باشد که شامل اجرای موقت و سریع حکم در مورد مقررات صادرشده در مواد تجارتي به شرط تأمین وثیقه بابت خسارت احتمالی، در اسناد رسمی، در احکامی که با اقرار محکوم‌علیه صادر می‌گردد، در احکامی که بر اساس سند عادی صادر می‌گردد و محکوم‌علیه نسبت به اصالت سند متعرض نگردیده است، در احکامی که تأخیر در اجرا ممکن است باعث ضرر و خسران جدی برای محکوم‌له باشد، در احکام صادره در خصوص نفقه افراد واجب‌النفقة، مسکن، حضانت و مسائل آن، در احکام صادره در خصوص حقوق افراد که باید به نوبه و مستمر پرداخت گردد، در احکام صادره در خصوص اجاره‌ها، در احکام صادره که مستلزم محکومیت به عین تعهد و اجرای اصل تعهد است و... می‌شود.
۲. اعضای کمیسیون بررسی نشست‌های قضایی کل کشور، صدور قرار موقت اجرای احکام را به استناد قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ با توجه به عدم مغایرت با قانون جدید و اینکه در ماده ۵۲۹ قانون جدید فقط موارد مغایر با قانون جدید ملغی‌الاثرا شده، بلامانع اعلام کرده است (معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، ۱۳۸۲: ۲۸۹/۲-۲۹۰).



قانون اجرای احکام مدنی، در مورد اجرای موقت احکام سخن گفته است که در قانون معین شده باشد. همان طور که برخی نویسندگان گفته‌اند، لازمه اجرای موقت حکم، موقت بودن یا موقت ماندن آن اجرا نیست و لازم نیست که عملیات اجرایی هر اجرای موقتی پس از مدتی از بین برود، بلکه بسیار محتمل است که اجرای موقت با قطعیت یافتن حکم، به صورت اجرای دائم درآید و به نظر می‌رسد که دستور اجرای موقت، با واقعیت حکم قطعی تا حد زیادی تطبیق دارد و برگشت نمی‌کند. ولی به هر حال، احتمال فسخ حکم و اعاده وضع به حال اول وجود دارد؛ همان طور که در اجرای احکام قطعی شده نیز محتمل است به دلایلی مانند اعاده دادرسی، آثار اجرایی از بین برود (مدنی، ۱۳۷۸: ۴۶/۳).

## ۲-۲. تحلیل مصادیق اجرای موقت حکم در حقوق موضوعه

با توجه به محدود بودن اجرای موقت حکم در حقوق فعلی، قانون‌گذار در مصادیق محدود اجرای موقت، با عنایت به خصوصیات هر دعوی، اقدام به تجویز اجرای موقت حکم نموده است که مصادیق این اجراهای موقت به شرح ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرد تا به این سؤال پاسخ داده شود که آیا با استقراء می‌توان به یک قاعده و حکم اصطیادی دست پیدا کرد یا خیر؟

### ۱-۲-۲. اجرای موقت تقسیط محکوم‌به

در دعاوی اعسار یا تقسیط محکوم‌به، ممکن است دادگاه بدوی رأی به تقسیط محکوم‌به صادر نماید که به دلالت ماده ۱۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴، دعاوی اعسار غیر مالی است و حکمی که در این خصوص صادر می‌گردد، به استناد بند ب ماده ۳۳۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، قابل تجدیدنظرخواهی است. اداره کل حقوقی قوه قضائیه در نظریه مشورتی شماره ۷/۹۵/۲۹۹ مورخه ۱۳۹۵/۰۲/۱۸ چنین بیان داشته است:

«الف- به محض صدور حکم اعسار و قبل از قطعیت آن، برابر ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴، محکوم‌علیه باید آزاد شود؛ زیرا با توجه به فلسفه وضع ماده یادشده و پیشینه قانونی و سابقه موضوع در فقه، حبس

محکوم علیه مالی تنها در صورتی ممکن است که وی ممتنع یا ماطل تلقی شود، بنابراین به محض اینکه دادگاهی که دستور بازداشت وی را داده است، اعسار او را احراز نماید، مجوزی برای ادامه بازداشت وجود ندارد و باید بلافاصله دستور آزادی او را صادر کند. تعبیر "پذیرفته شدن اعسار" مذکور در این ماده و نیز عدم امکان بازداشت محکوم علیه با صرف تقدیم دادخواست اعسار ظرف سی روز، مؤید این نظر است.

ب- برابر ماده ۲۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴، مرجع اجراکننده رأی باید به تقاضای محکوم له، قرار ممنوع‌الخروجی محکوم علیه را صادر کند. بنابراین، اولاً با صرف تقاضای محکوم له، دادگاه مکلف به صدور قرار یادشده است و حتی اگر محکوم علیه ظرف سی روز مقرر در ماده ۳ همان قانون، دادخواست اعسار خود را تقدیم کرده باشد، صدور قرار ممنوع‌الخروجی وی با تقاضای محکوم له تکلیف دادگاه است. ثانیاً مطابق اصل، احکام صادره از تاریخ قطعیت قابلیت اجرا دارند. بنابراین مقصود از عبارت "ثبوت اعسار محکوم علیه" مذکور در ماده ۲۳ یادشده، صدور حکم قطعی است و در صورت تردید نیز باید به اصل رجوع کرد.<sup>۱</sup>

جالب این نکته است که بر اساس این نظریه و با اثبات اعسار، برای اعمال مقررات ماده ۲۳ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، قطعیت رأی لازم است تا آثار اجرایی آن ظاهر گردد.

اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه شماره ۷/۹۵/۱۱۲۸ مورخه ۱۳/۰۵/۱۳۹۵ نیز در همین خصوص اعلام کرده است که با عنایت به ماده ۱۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی ۱۳۹۴ با صدور حکم به تقسیط، دادگاه اعسار محکوم علیه را از پرداخت یک‌جای اقساط احراز می‌نماید. بنابراین با صدور حکم به تقسیط، محکوم علیه باید فوراً بلاقید آزاد گردد.<sup>۱</sup>

## ۲-۲-۲. اجرای موقت حکم در دعاوی ثلاث تصرف

در احکام مربوط به دعاوی رفع تصرف عدوانی، رفع ممانعت از حق و رفع مزاحمت، جهت اجرای حکم نیازی به قطعیت آن نیست. در حقیقت، فوریت جزء

۱. این نظریه در پاسخ به استعلام شماره ۲۴۰۰۰/۱۲۷/۹۰۳۰ مورخه ۲۴/۰۷/۱۳۹۵ معاون دادگستری شهرستان اردکان ابراز شده است.

لایفک مباحث مربوط به دعاوی تصرف است<sup>۱</sup> که در اجرای موقت و نیز دستور موقت مندرج در ماده ۱۷۴ قانون آیین دادرسی... مدنی<sup>۲</sup> متبلور شده است. در تبصره ماده ۱۵ قانون جلوگیری از تصرف عدوانی مصوب ۱۳۵۲/۰۲/۱۶ نیز آمده است:

«در صورتی که رأی مبنی بر رفع تصرف عدوانی یا مزاحمت یا ممانعت از حق باشد، بلافاصله به دستور مرجع صادرکننده به وسیله مأمورین انتظامی اجرا خواهد شد و درخواست رسیدگی پژوهشی مانع اجرا نخواهد بود».

در ماده ۵ قانون تصرف عدوانی مصوب ۱۳۰۹ نیز اجرای موقت حکم رفع تصرف عدوانی، رفع مزاحمت یا ممانعت از حق مورد توجه قرار گرفته بود. این ماده مذکور می‌داشت:

«مأمورین مذکور در ماده ۲ (مأمورین حفظ انتظامات عمومی)، حکم خود را نسبت به تصرف عدوانی باید کتباً به مدعی علیه ابلاغ نموده و بلافاصله آن را به اجرا بگذارند».

نکته مورد توجه این است که بر خلاف نظر عده‌ای که ابلاغ را جهت اجرا الزامی نمی‌دانند (زراعت، ۱۳۸۳: ۵۷۹)، اجرای رأی دادگاه هرچند به صورت موقت منوط به ابلاغ است و مشمول مقررات عام ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرسی... مدنی است (رودیجانی، ۱۳۹۶: ۳۷).

۱. ماده ۱۷۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی: «در صورتی که رأی صادره مبنی بر رفع تصرف عدوانی یا مزاحمت یا ممانعت از حق باشد، بلافاصله به دستور مرجع صادرکننده، توسط اجرای دادگاه یا ضابطین دادگستری اجرا خواهد شد و درخواست تجدیدنظر مانع اجرا نمی‌باشد. در صورت فسخ رأی در مرحله تجدیدنظر، اقدامات اجرایی به دستور دادگاه اجراکننده حکم به حالت قبل از اجرا اعاده می‌شود و در صورتی که محکوم‌به، عین معین بوده و استرداد آن ممکن نباشد، مثل با قیمت آن وصول و تأدیه خواهد شد».

۲. ماده ۱۷۴ قانون مارالذکر: «دادگاه در صورتی رأی به نفع خواهان می‌دهد که به طور مقتضی احراز کند خوانده، ملک متصرفی خواهان را عدواناً تصرف و یا مزاحمت یا ممانعت از حق استفاده خواهان نموده است. چنانچه قبل از صدور رأی، خواهان تقاضای صدور دستور موقت نماید و دادگاه دلایل وی را موجه تشخیص دهد، دستور جلوگیری از ایجاد آثار تصرف و یا تکمیل اعیانی از قبیل احداث بنا یا غرس اشجار یا کشت و زرع، یا از بین بردن آثار موجود و یا جلوگیری از ادامه مزاحمت و یا ممانعت از حق را در ملک مورد دعوی صادر خواهد کرد. این دستور با صدور رأی به رد دعوی مرتفع می‌شود، مگر اینکه مرجع تجدیدنظر، دستور مجددی در این خصوص صادر نماید».

## ۳-۲-۲. اجرای موقت حکم ورشکستگی

اجرای موقت حکم ورشکستگی تاجر، مستند به ماده ۴۱۷ قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ است. این ماده چنین مقرر داشته است: «حکم ورشکستگی به طور موقت اجرا می‌شود».

ماده ۱۳ قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی نیز به ماده ۴۱۷ قانون تجارت عطف می‌گردد که مقرر داشته است:

«ماده ۱۳- همین که حکم ورشکستگی قابل اجرا شد و رونوشت آن به اداره تصفیه رسید، اداره صورتی از اموال ورشکسته برداشته، اقدامات لازمه را از قبیل مهر و موم برای حفظ آن‌ها به عمل می‌آورد».

## ۴-۲-۲. بررسی موارد مشتبه در حقوق ایران

در خصوص بررسی مصادیق بیشتر در حقوق ایران به جهت استقراء برای رسیدن به یک قاعده و حکم اصطیادی به مواردی مشتبه برمی‌خوریم که با کمی دقت مشاهده می‌گردد از شمول اجرای موقت حکم خارج هستند؛ از جمله:

### ۱-۴-۲-۲. اجرای موقت احکام در امور حسبی

تصمیم دادگاه در امور حسبی نیز بدون اینکه مستلزم قطعیت باشد، قابل اجراست و ماده ۳۵ قانون امور حسبی در این زمینه چنین مقرر داشته است: «ماده ۳۵- شکایت پژوهشی موجب تعویق اجرای تصمیم مورد شکایت نمی‌شود، مگر اینکه دادگاهی که رسیدگی پژوهشی می‌کند، قرار تأخیر اجرای آن را بدهد».

اما قانون امور حسبی، تصمیماتی را که قابل تجدیدنظر هستند، «حکم» نامیده است. در این قانون، این احکام به پنج دسته اصلی حکم حجر و رفع آن، حکم موت فرضی، حکم تقسیم ترکه، حکم رد درخواست حصر وراثت و احکامی که فصل خصومت می‌کنند، تقسیم می‌شوند، اما در زمره امور ترافعی قرار نمی‌گیرند و تمامی آثار حکم به معنای اخص را ندارند.

نکته حائز اهمیت این است که ممکن است گفته شود با توجه به نص ماده ۱ قانون آیین دادرسی... مدنی مصوب ۱۳۷۹، مقررات این قانون از جمله ماده ۳۴۷ آن به امور حسبی

نیز حکومت دارد و چنین استدلال کرد که به هر حال اجرای احکام دادگاه در امور حسبی نیز مستلزم قطعیت آن‌هاست (مهاجری، ۱۳۹۶: ۴۳)، اما در عمل و رویه دادگاه‌ها مشاهده می‌گردد که حسب نص ماده ۳۵ قانون امور حسبی، این تصمیمات<sup>۱</sup> به طور موقت اجرا می‌گردند و چون در امور حسبی علی‌الاصول حکمی به معنای اخص صادر نمی‌گردد، جز در مواردی استثنایی<sup>۲</sup>، و غیر ترافعی هستند، لذا از شمول بحث خارج می‌شوند.

### ۲-۴-۲. اجرای رأی داوری

قانون‌گذار در ماده ۴۹۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مقرر می‌نماید:

«ماده ۴۹۳- اعتراض به رأی داور مانع اجرای آن نیست، مگر آنکه دلایل اعتراض قوی باشد. در این صورت، دادگاه قرار توقف منع اجرای آن را تا پایان رسیدگی به اعتراض و صدور حکم قطعی صادر می‌نماید و در صورت اقتضاء، تأمین مناسب نیز از معترض اخذ خواهد شد.»

لذا اصولاً اعتراض مانعی برای اجرای رأی داوری نخواهد بود، مگر آنکه قرار توقف اجرای رأی داوری از مرجع قضایی صادر گردد.<sup>۳</sup> اما رأی داور از مصداق حکم به معنای اخص خارج بوده و لذا نمی‌توان اجرای رأی داوری را مصداقی از اجرای موقت حکم محسوب نمود.

### ۲-۴-۳. دعاوی خانواده

مستند این اجرای دستور موقت، ماده ۷ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ است که مقرر می‌دارد:

۱. منظور از امور حسبی، اموری است که در ماده ۳۷۵ قانون امور حسبی اصلاحی ۱۳۶۱/۱۲/۲۶ ذکر گردیده است: «ماده ۳۷۵- هزینه رسیدگی به امور حسبی منحصر به موارد زیر بوده و در هر مورد، موقع درخواست پانصد ریال گرفته می‌شود: ۱- درخواست تسلیم اموال غایب به ورثه. ۲- درخواست حکم موت فرضی. ۳- درخواست پژوهش از رد درخواست حکم موت فرضی. ۴- درخواست مهر و موم ترکه. ۵- درخواست برداشتن مهر و موم ترکه. ۶- درخواست تحریر ترکه. ۷- درخواست تصفیه ترکه. ۸- درخواست تقسیم ترکه. ۹- درخواست تصدیق انحصار وراثت.»

۲. مانند حکم موت فرضی، حکم حجر و... .

۳. برای مطالعه بیشتر ر.ک: مواد ۳۳ و ۳۴ قانون داوری تجاری بین‌المللی.

«ماده ۷- دادگاه می‌تواند پیش از اتخاذ تصمیم در مورد اصل دعوی به درخواست یکی از طرفین در اموری از قبیل حضانت، نگهداری و ملاقات طفل و نفقه زن و محجور که تعیین تکلیف آن‌ها فوریت دارد، بدون اخذ تأمین، دستور موقت صادر کند. این دستور بدون نیاز به تأیید رئیس حوزه قضایی قابل اجراست. چنانچه دادگاه ظرف شش ماه راجع به اصل دعوی اتخاذ تصمیم نکند، دستور صادرشده ملغی محسوب و از آن رفع اثر می‌شود، مگر آنکه دادگاه مطابق این ماده دوباره دستور موقت صادر کند».

در این ماده، قانون‌گذار بر خلاف دستور موقت معمول مطابق تبصره ماده ۳۲۵ قانون آیین دادرسی مدنی، نه تنها تشریفات صدور قرار تأمین خواسته را مرتفع نموده، بلکه به اجرای موقت خواسته نزدیک می‌گردد؛ نهادی که در برخی کشورها وجود دارد و مدعی می‌تواند قسمتی از خواسته ادعایی را موقتاً وصول نماید که تحت عنوان اجرای موقت خواسته مطرح می‌شود.

دستور موقت باید از اقداماتی که موجب می‌شود جایگزین اجرای حکم شود، فاصله بگیرد. به عبارت دیگر، در دستور موقت نمی‌توان اموری را انجام داد که قرار است با حکم دادگاه به آن‌ها پرداخته شود.<sup>۱</sup>

۱. نظریه مشورتی شماره ۴۴۵۳/۷-۲۸/۰۶/۱۳۸۳ اداره کل حقوقی قوه قضاییه: «سؤال: مالکی ضمن تقدیم دادخواست تخلیه محل کسب یا پیشه یا تجارت، درخواست دستور موقت بر تخلیه مورد اجاره را نیز کرده است. چنانچه مورد اجاره تابع قانون روابط موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۵۶ باشد، آیا صدور دستور موقت به منظور تخلیه مورد اجاره قبل از اتخاذ تصمیم نهایی امکان‌پذیر است؟ نظریه اداره کل حقوقی قوه قضاییه: حسب مقررات مواد ۳۱۰ الی ۳۲۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، دادرسی فوری در مواردی صورت می‌گیرد که اتخاذ تصمیم در آن مورد، فوریت داشته باشد و تصمیم مذکور (صدور دستور موقت) تأثیری در اصل دعوی نداشته و به علاوه موضوع دعوی اصلی را منتفی نمی‌سازد. در خصوص موضوع مورد استعلام به نظر نمی‌رسد که تخلیه مغازه مورد اجاره، قبل از رسیدگی و صدور حکم تخلیه، فوریت داشته باشد. به علاوه، تخلیه مغازه با صدور دستور موقت، موضوع دعوی اصلی را که تخلیه مغازه است، منتفی می‌سازد (صدور حکم بر تخلیه عملاً منتفی می‌شود). مضافاً اینکه طبق قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ که سؤال مربوط به مورد اجاره تابع این قانون است، پس از صدور حکم بر تخلیه و قطعیت آن، مهلتی برای تخلیه مورد اجاره در قانون لحاظ شده است. چنانچه با دستور موقت، مورد اجاره تخلیه شود، این مهلت نیز منتفی می‌گردد. با این وصف، صدور دستور موقت بر تخلیه مورد اجاره، منطبق با قانون حاکم بر موضوع نیست».

در ماده ۳۱۱ ق.آ.د.م.<sup>۱</sup> بین ماهیت دعوی و دستور موقت فرق نهاده شده است که بر این امر در ماده ۳۱۷<sup>۲</sup> همان قانون تأکید شده است، در حالی که ماده ۷ ق.ح.خ. بین این دو امر تفاوتی قائل نشده است و بین دستور موقت که شکلی است با ماهیت دعوی تلاقی وجود دارد (قربان‌وند، ۱۳۹۵: ۴۴)؛ یعنی اگر خواسته ماهوی، ملاقات یا حضانت باشد، با صدور دستور موقت، این ماهیت خواسته اجابت می‌گردد، که قانون‌گذار با این تأسیس جدید به نوعی به نهاد پرداخت علی‌الحساب نزدیک شده است که عملاً نوعی اجرای موقت خواسته محسوب و رأساً توسط دادگاه صادر شده و نیازی به موافقت رئیس حوزه قضایی نیز مشاهده نمی‌گردد. این نهاد جدید را می‌توان در قوانین جدید التصویب دیگری هم مشاهده کرد<sup>۳</sup> که می‌تواند گره از بسیاری از مشکلات مراجعان بگشاید و زمان طلایی مراجعان از دست نرود. به هر حال، این نهاد نیز اجرای موقت حکم محسوب نمی‌گردد و با دستور موقت مصطلح نیز تفاوت دارد و به اجرای موقت خواسته شباهت دارد.

موارد دیگری نیز چون اجرای احکام غیابی در صورتی که ابلاغ حکم به محکوم‌علیه غایب ممکن نباشد، تخلیه عین مستأجره موضوع قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۶، اجرای اسناد لازم‌الاجراء، و فروش املاک مشاع غیر قابل افراز نیز وجود دارند که از شمول اجرای موقت حکم به معنای اخص خارج هستند.

۱. ماده ۳۱۱ قانون آیین دادرسی مدنی: «چنانچه اصل دعوی در دادگاهی مطرح باشد، مرجع درخواست دستور موقت، همان دادگاه خواهد بود و در غیر این صورت، مرجع درخواست دادگاهی می‌باشد که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوی را دارد».

۲. ماده ۳۱۷ قانون آیین دادرسی مدنی: «دستور موقت دادگاه به هیچ وجه تأثیری در اصل دعوی نخواهد داشت».

۳. ماده ۳۴ قانون بیمه اجباری خسارات واردشده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه مصوب ۱۳۹۵/۰۳/۰۹: «در حوادث رانندگی منجر به خسارت بدنی غیر از فوت، در صورت مطالبه زیان‌دیده، پس از دریافت گزارش کارشناس راهنمایی و رانندگی و یا پلیس راه و یا کمیسیون جلوگیری از سوانح راه آهن موضوع تبصره ۲ ماده ۲ قانون دسترسی آزاد به شبکه حمل و نقل ریلی مصوب ۱۳۸۴/۷/۶ (در خصوص حوادث مربوط به قطارهای شهری و بین شهری) و پزشکی قانونی، بیمه‌گر وسیله نقلیه مسبب حادثه و یا صندوق، حسب مورد مکلف‌اند بلافاصله حداقل پنجاه درصد (۵۰٪) از دیه تقریبی را به اشخاص ثالث زیان‌دیده پرداخت کرده و باقی‌مانده آن را پس از معین شدن میزان قطعی دیه با رعایت مواد ۳۱ و ۳۲ این قانون بپردازند».

## نتیجه‌گیری

با توجه به مطالب مذکور، این نتایج حاصل می‌گردد که گاهی احقاق حقوق طرفین در اجرای موقت حکم بهتر تأمین گردد. امروزه اطاله دادرسی و تشریفات رسیدگی، موضوعی مبتلا به است و در فقه این تطویل مشاهده نمی‌گردد و اساساً فقه تاب دو فصل از رسیدگی را بر نمی‌تابد. لذا چون اطاله دادرسی در اغلب مصادیق، موجب ضرر بوده و حکم ضرری در اسلام وجود ندارد و تسریع در دادرسی بر مبنای عقل قابل دفاع است و بنای عقلا که حاکی از عمل و رفتار خردمندان است، آن را تأیید می‌نماید و مورد ردع شارع هم واقع نشده است و بر اساس قواعد فقهی نیز قابل استنتاج است، نه تنها اجرای موقت لازم است، بلکه می‌توان گفت که با توجه به حقوق اصحاب دعوی، موارد اجرای موقت در دادرسی مدنی باید گسترش یابد؛ امری که از مصادیق موجود، قابل استقراء به یک قاعده و حکم اصطیادی نیست. اجرای موقت حکم در قوانین پیشین وجود داشته و اکنون بلا دلیل حذف گردیده است که این امر نیاز به تقنین دارد و پیشنهاد می‌گردد که نهاد اجرای موقت در دعاوی ذیل تقنین گردد:

دعاوی با خواسته مطروحه بر اساس اسناد رسمی، خواسته مطروحه بر اساس اسناد تجاری که بر اساس قانون تجارت تنظیم گردیده‌اند، خواسته در کلیه دعاوی بازرگانی، خواسته در دعاوی که در صلاحیت محاکم خانواده است، به استثنای طلاق و گواهی عدم امکان سازش، خواسته وقتی که بر اساس قرارداد عادی باشد و در اصل قرارداد فیما بین متعاملین اختلافی نباشد، در دعاوی ثلاثه مالکیت، در دعاوی موجر و مستأجر، در کلیه مواردی که بنا به تشخیص دادگاه بدوی، تأخیر در اجرای حکم باعث خسارت شدید برای محکوم‌له گردد یا اجرای حکم قطعی در آتیه را متعذر نماید، همگی با اخذ تأمین متناسب به تشخیص دادگاه صادرکننده رأی. تقویت و توسعه اجرای موقت حکم باعث تسریع در روند دادرسی، افزایش رضایت مراجعان، و تسریع در وصول حقوق تضییع شده می‌گردد و مشاهده فوریت در احقاق حقوق توسط عموم مردم، افزایش فرهنگ صلح و سازش و در نهایت کاهش مراجعه‌ها به محاکم دادگستری را در پی خواهد داشت.



## کتاب‌شناسی

۱. نهج البلاغه.
۲. ابن براج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز بن نحیر، المهدب، تحقیق و تصحیح جمعی از محققان و مصححان تحت اشراف جعفر سبحانی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۳. الماسی، نجاد علی، «شناسایی و اجرای احکام مدنی خارجی در حقوق فرانسه و حقوق انگلیس و آمریکا»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی (دانشگاه تهران)، دوره بیست و پنجم، شماره پیاپی ۱۱۶۱، زمستان ۱۳۶۹ ش.
۴. بهرامی، بهرام، آیین دادرسی مدنی کاربردی، چاپ ششم، تهران، نگاه بینه، ۱۳۸۳ ش.
۵. جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۶. جمعی از مؤلفان، مجله فقه اهل بیت (علیهم‌السلام) (فارسی)، قم، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم‌السلام)، ۱۳۷۴ ش.
۷. حرّ عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، قم، مؤسسه آل‌البتین (علیهم‌السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.
۸. خدابخشی، عبدالله، مبانی فقهی آیین دادرسی مدنی و تأثیر آن در رویه قضایی، چاپ سوم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳ ش.
۹. رشتی گیلانی نجفی، میرزا حبیب‌الله، کتاب القضاء، تحقیق سیداحمد حسینی، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۰۱ ق.
۱۰. رودیجانی، محمدمجتبی، تفسیر جامع قانون اجرای احکام مدنی، چاپ دوم، تهران، کتاب آوا، ۱۳۹۶ ش.
۱۱. زراعت، عباس، قانون آیین دادرسی مدنی در نظم حقوقی ایران، تهران، خط سوم، ۱۳۸۳ ش.
۱۲. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، تحقیق سیدمحمدتقی کشفی، چاپ سوم، تهران، المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ق.
۱۳. عمید زنجانی، عباسعلی، فقه سیاسی: نظام سیاسی و رهبری در اسلام، چاپ چهارم، تهران، امیرکبیر، ۱۳۷۷ ش.
۱۴. فخرالمحققین حلی، ابوطالب محمد بن حسن بن یوسف، ابضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق.
۱۵. قرائتی، محسن، تفسیر نور، چاپ یازدهم، تهران، مرکز فرهنگی درس‌هایی از قرآن، ۱۳۸۳ ش.
۱۶. قربان‌وند، محمدباقر، تفسیر قضایی و نقد قانون حمایت خانواده (مصوب ۱۳۹۱)، آیین دادرسی، اجرای احکام، حقوق ماهوی و آیین‌نامه اجرایی (دیدگاه قضات دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران)، چاپ سوم، تهران، مجد، ۱۳۹۵ ش.
۱۷. کلینی رازی، ابوجعفر محمد بن یعقوب بن اسحاق، الفروع من الکافی، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۱۸. متین دفتری، احمد، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، تهران، مجد، ۱۳۷۸ ش.
۱۹. مجلسی دوم، محمدباقر بن محمدتقی، بحار الانوار الجامعة لدرر اخبار الائمه الاطهار (علیهم‌السلام)، بیروت، مؤسسه الطبع و النشر، ۱۴۱۰ ق.
۲۰. محقق داماد یزدی، سیدمصطفی، قواعد فقه، چاپ دوازدهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۷ ش.

۲۱. مدنی، سیدجلال‌الدین، *آیین دادرسی مدنی*، چاپ پنجم، تهران، پایدار، ۱۳۷۸ ش.
۲۲. معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، دفتر بررسی و تهیه و تدوین متون آموزشی، *مجموعه نشست‌های قضایی دادگستری «۱۰»؛ مسائل آیین دادرسی مدنی (۲)*، ویرایش دوم با تجدیدنظر و اصلاحات و اضافات، چاپ دوم، تهران، معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، زمستان ۱۳۸۲ ش.
۲۳. مکارم شیرازی، ناصر و جمعی از فضلا، *برگزیده تفسیرنمونه*، تنظیم احمدعلی بابایی، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۸۶ ش.
۲۴. موسوی بجنوردی، سیدمحمد بن حسن، *قواعد فقهیه*، چاپ سوم، تهران، عروج، ۱۴۰۱ ق.
۲۵. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *ترجمه تحریر الوسیله*، ترجمه علی اسلامی، چاپ بیست و یکم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۵ ق.
۲۶. مهاجری، علی، *دانشنامه اجرای احکام مدنی (جلد اول: قواعد عمومی)*، تهران، فکرسازان، ۱۳۹۶ ش.
۲۷. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
28. ALI (American Law Institute)/UNIDROIT (the International Institute for the Unification of Private Law), *Principles of Transnational Civil Procedure*, UNIDROIT, Cambridge University Press, 2006.

# حل و فصل مالی

## بانک‌ها و مؤسسات اعتباری متوقف

### «بانگاهی به طرح جامع بانکداری»\*

- احمد بیگی حبیب‌آبادی<sup>۱</sup>
- حسین پاشایی<sup>۲</sup>

#### چکیده

علت عمده بحران‌های مالی بانک‌ها و مؤسسات اعتباری، توقف از ایفای تعهداتی است که بر عهده آن‌هاست. راهکار نظام سنتی برای برون‌رفت از این بحران، اعمال فرایند ورشکستگی است. امروز اندیشه‌های حقوقی به این سو گرایش دارند که برای جلوگیری از تشدید بحران‌های مالی، باید نظام عادی ورشکستگی را رها ساخته و در اندیشه ضرورت‌های اجتماعی، اقتصادی و... بود تا با صرف کمترین هزینه، بیشترین کارایی را به ارمغان آورد. نظام حل و فصل مالی، ابزارهای متنوعی را برای حفظ ثبات مالی بانک‌ها طراحی نموده و به مقامات ناظر، اجازه مداخله زودهنگام را داده است. همچنین در صورت عدم توفیق در بازسازی نیز تضمین سپرده‌ها می‌تواند اطمینان خاطر سپرده‌گذاران را فراهم نماید. از سوی دیگر، باید حرمت سایر قواعد حقوقی از جمله «عدل و انصاف

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۷/۱۵ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۲/۱۷.

۱. استادیار پژوهشگاه قوه قضائیه (beygiah@yahoo.com).

۲. کارشناس ارشد حقوق خصوصی (نویسنده مسئول) (pashae.lawyer@gmail.com).

در ورشکستگی» و «ولکر» نگاه داشته شود.

از این رو، در تحقیق حاضر به دنبال آن هستیم تا نظام مذکور را معرفی کنیم و نقاط قوت و ضعف آن را به تصویر کشیده و تا حد امکان با «طرح جامع بانکداری جمهوری اسلامی ایران» منطبق نماییم.

**واژگان کلیدی:** ابزار گزیر، راهبرد تقنینی، نجات از درون، نجات از بیرون، ورشکستگی.

### مقدمه

«فلس» در لغت به معنای بی چیز شدن و «إفلاس» نیز باب افعال است. «أفلس الرجل» شخصی است که اموال باارزش خود را از دست داده و تنها پول سیاه برای وی باقی مانده است. «مفلس» نیز کسی است که ورشکسته شده و دارایی ممتاز خود را از دست داده است. لکن «مفلس» در شرع کسی است که بدهی بر وی مسلط شود و دارایی وی تکافوی دیونش را ندهد. در فقه و بر خلاف ماده ۱۲۷۰ قانون مدنی، ورشکستگی از اسباب حجر است؛ همان طور که گفته شده است:

«أسبابه سئة الصغر والفلس... والمرض المتصل بالموت» (امینی و آیتی، ۱۳۹۰: ۲۱/۲؛ طوسی، الخلاف، به نقل از: رحیمی، ۱۳۷۷: ۵ به بعد).

با این همه، بانک‌ها<sup>۱</sup> به جهت ویژگی خاص خود، همواره مورد توجه قانون‌گذاران بوده‌اند و مقررات خاصی، جدای از احکام فقهی و مقررات عام حاکم بر شرکت‌های تجاری برای آن‌ها وضع شده است. بدین جهت برخی نظام‌های حقوقی، ابزارهای استاندارد برای حل و فصل نهادهای مالی مطرح کرده‌اند؛ با این هدف که نهادهای مهم مالی در معرض توقف قرار نگیرند یا در صورت توقف احتمالی، ابزارهایی برای آن‌ها تعبیه گردد که توقف آن‌ها بدون اثرات مخرب سیستمی شدید و بدون استفاده از منابع مالیات‌دهندگان صورت پذیرد (خراطها، ۱۳۹۷: ۱). این ابزارها که از آن‌ها به عنوان «عملیات گزیر»<sup>۲</sup> تعبیر می‌شود، اقدامات مؤثری<sup>۳</sup> برای حل و فصل مشکلات مالی

۱. از این پس، هر کجا اصطلاح بانک به کار برده شود، به معنای بانک و مؤسسه اعتباری است.

2. Resolution.

3. Decisive action.

بانک است. بر اساس دستورالعمل احیا و گزیر بانک در اتحادیه اروپا،<sup>۱</sup> ابزارهای حل و فصل مالی بانک‌ها عبارت‌اند از:

- ۱- فروش دارایی‌های بانک یا بخشی از آن به یک خریدار بخش خصوصی؛
- ۲- تشکیل بانک واسطه یا موقت:<sup>۲</sup> در این ابزار بعضی از حقوق و تعهدات به یک بانک واسط منتقل می‌شود؛ بدین منظور که عملیات بحرانی بانک در آن بانک انجام تا اینکه راه حل مناسبی برای بانک متوقف پیدا شود.
- ۳- تفکیک دارایی:<sup>۳</sup> در این ابزار، دارایی‌ها از بانک متوقف به یک شرکت مدیریت دارایی<sup>۴</sup> انتقال می‌یابد. شرکت مذکور شرکتی است که کل یا قسمتی از سهام آن متعلق به نهادهای عمومی<sup>۵</sup> است.
- ۴- نجات از درون:<sup>۶</sup> هدف از این ابزار، تحمیل مسئولیت بر سهامداران و طلبکاران است. در این روش، سهام جدید صادر یا بدهی‌های شرکت تبدیل به سهام می‌شود. البته بعضی ادغام بانک در بانک دیگر را نیز به عنوان یک ابزار پیشنهاد کرده‌اند (Parker, 2011: 2). هدف از به کارگیری این ابزارها، نجات بانک از انحلال و تصفیه و ثبات نظام مالی کشور و تداوم خدمات بانکی و حمایت از سپرده‌گذاران است (Castañeda & Mayes & Wood, 2016: 80). در واقع، مداخله به موقع ناظران بانکی، مانع ورشکستگی بانک شده و زیان‌های احتمالی را به جای بستن‌کاران، متوجه سهامداران می‌نماید. در رهنمودهای کمیته بال،<sup>۷</sup> فعالیت‌های پیشگیرانه، شناسایی زود هنگام و برخی اقدامات اصلاحی، از شیوه‌های حل و فصل بانک‌های مشکل‌دار معرفی شده است (نوری یوشانلویی و باقری، ۱۳۹۷: ۳۳). در همین راستا، مشهور است که «فرایند گزیر» بدون رسیدگی قضایی آغاز می‌شود (شریف‌زاده، ۱۳۹۶: ۱۵۵). در جهت شناسایی این نظام، تا کنون

- 
1. EU Bank Recovery and Resolution Directive (BRRD).
  2. Bridge Institution.
  3. Asset separation.
  4. Asset management vehicle.
  5. Publicly owned.
  6. Bail in.
  7. The Basle Committee on Banking Supervision.

تلاش‌هایی به صورت پراکنده صورت گرفته است.<sup>۱</sup> لکن علی‌رغم اهمیت موضوع و به دلیل فقدان مقررات قانونی، پژوهش خاصی از منظر قضایی انجام نشده است. برخی معتقدند که ماده ۳۹ قانون پولی و بانکی ۱۳۵۱ و آیین‌نامه‌های آن، با «نظام‌گزیر» قرابت دارد. لکن باید دانست که این مواد، مبهم و ناکارآمد بوده و مسئله «حل و فصل مالی» به صورت یک قاعده مستقل و فراگیر، مدنظر قانون‌گذار قرار نگرفته است. در واقع، نظام قانونی ما از وجود قانونی جامع برای «حل و فصل مالی بانک‌ها» بی‌بهره است. در این زمینه، «طرح جامع بانکداری جمهوری اسلامی ایران ۱۳۹۷»<sup>۲</sup> در مجلس تحت بررسی قرار دارد. این طرح با الهام از سایر نظام‌های حقوقی، در ۱۹۹ ماده تهیه شده و موادی را برای جلوگیری از آسیب نظام بانکی پیشنهاد داده است. در این طرح تلاش شده است تا انحلال و ورشکستگی بانک‌ها از شمول قانون تجارت خارج گردیده و به صورت قانونی مستقل تلقی گردد. با وجود این، بخش‌هایی از این طرح مبهم بوده و نیازمند بازنگری اساسی است؛ مثلاً احکام گزیر و بازسازی در مواد ۱۴۶ و ۱۵۰ خلط شده است. چه اینکه برخی از این بندها از جنس گزیر است که در مبحث بازسازی مورد حکم واقع شده است. این پژوهش بر آن است تا «حل و فصل مالی بانک‌های متوقف» را از منظر قضایی بررسی کرده و پیشنهادهای به قانون‌گذار ارائه نماید.<sup>۳</sup>

۱. برای نمونه، شریف‌زاده در مقاله خود نظام گزیر را به اجمال مورد بررسی قرار داده است. همچنین خراطها در پایان‌نامه کارشناسی ارشد خود در این خصوص سخن رانده است.
۲. ویرایش نهایی پیش‌نویس گزارش کمیسیون اقتصادی پیرامون قانون جامع بانکداری جمهوری اسلامی ایران - که در این مقاله به اختصار طرح جامع نامیده می‌شود، مشتمل است بر: طرح بانکداری جمهوری اسلامی ایران، طرح بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، طرح تأسیس بانک توسعه جمهوری اسلامی ایران، لایحه اصلاح قانون پولی و بانکی مصوب ۱۳۵۱.
۳. در این خصوص، نگارندگان به همراه کوروش کاویانی، شاهنوش، نعمت‌الله حاجعلی، مصطفی‌السان، اصائلو، مجتبی قاسمی، افشین حیدرپور، مظلومی، احمدی، خراطها، نوابی، نماینده محترم بانک مرکزی، نویسندگان محترم طرح جامع بانکداری و کارشناسان مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی و حضور موردی حسین‌زاده بحرینی نماینده محترم مجلس و عضو کمیته پولی و بانکی و... از شهریور لغایت اسفند ۹۷، فصل هفدهم طرح جامع بانکداری را به درخواست حسین‌زاده بحرینی از منظر قضایی در گروه تجارت پژوهشگاه قوه قضاییه بررسی و در پایان، گزارش اصلاحی به همراه مواد جایگزین تقدیم قانون‌گذار نمودند که پیشنهادات اصلاحی نیز در کمیسیون اقتصادی مورد مقبول واقع شده است. در تحقیق حاضر از نظر اساتید و پیشنهادات مذکور استفاده شایانی شده است.

## ۱. تبیین مفاهیم کلی

### ۱-۱. نقطه آغاز حل و فصل یا گزیر

حجر به معنای منع از تصرفات مالی، و محجور کسی است که از تصرف در اموالش ممنوع شده باشد. در فقه، ورشکسته جزء محجوران محسوب شده و برای صدور حکم حجر، علاوه بر حال بودن دیون، غرق دارایی در دیون، درخواست دیان نیز شرط است (محقق حلی، ۱۳۹۲: ۸۹ به بعد؛ شیروانی و عباسی، ۱۳۹۰: ۱۲۸). با وجود این، در نظام حقوقی کنونی و برای حمایت از طلبکاران، احکام متفاوتی در نظر گرفته شده است که به موجب آن، دادستان نیز در صورت لزوم می‌تواند درخواست صدور حکم ورشکستگی نماید. با این همه، به نظر می‌رسد همچنان اشکالاتی نیز به نظام کنونی از جمله احراز توقف وارد است. در واقع، عملیات بانکی به استناد ماده ۲ قانون تجارت، عمل تجارته بوده و بانک‌ها نیز اصولاً در قالب شرکت‌های سهامی عام تشکیل می‌شوند. در نتیجه، هر گاه در پرداخت دیون بانک، وقفه ایجاد گردد، ممکن است منجر به ورشکستگی آن شود (بند ۴۱ ماده ۴۱ قانون پولی و بانکی). لکن هنگامی که قدرت پرداخت بانکی به خطر افتاده یا از مرز سلامت بانکی عبور می‌کند، باید برای جلوگیری از ورشکستگی و تصفیه دارایی‌های بانک، آستانه ورشکستگی را تغییر داد تا مقام ناظر بانکی بتواند قبل از توقف واقعی یا ظاهری یا استمرار یافته، برخی اقدامات ضروری را انجام دهد؛ زیرا ممکن است یک بانک مشکلات نقدینگی موقتی داشته باشد، بدون اینکه اساساً ورشکسته باشد و یا اینکه ورشکسته شده باشد، بدون آنکه لزوماً مشکلات نقدینگی داشته باشد. بدین جهت بند «ه» ماده ۳۹ قانون پولی و بانکی مقرر می‌دارد:

«... در صورتی که قدرت پرداخت بانکی به خطر افتد یا سلب شود، به بانک مرکزی این امکان را می‌دهد تا مدیریت بانک را رأساً عهده‌دار شود» (طباطبایی‌نژاد، ۱۳۹۴: ۱۲۲).

در واقع، قانون‌گذار به جای اعلان ورشکستگی بانک، می‌تواند عملیات گزیر را آغاز کند. امری که در این خصوص در طرح جامع مبهم می‌باشد، آن است که ملاک مشخصی ارائه نشده که در چه زمانی باید بانک ورشکسته اعلام شود و در چه زمانی عملیات گزیر (مدیریت بانک) آغاز شود. به نظر می‌رسد قانون‌گذار می‌تواند ترتیبی

اتخاذ نماید تا فرایند ورشکستگی در زمانی آغاز شود که «مقام ناظر بانکی» هشدار می‌دهد بانک از آستانه‌های سلامت بانکی عبور کرده و ممکن است نظام اقتصادی با مخاطره جدی مواجه شود. در «طرح جامع»، «آغاز فرایند گزیر» به کمیته مقررات گذاری سپرده شده است، لکن این موضوع به اجمال بیان شده و مبهم است. از یک سو در بند ۱ ماده ۱۴۵ و ماده ۱۴۸<sup>۱</sup> نقطه آغاز عملیات گزیر را زمانی اعلام می‌کند که بانک در معرض خطر باشد و از سوی دیگر در ادامه ماده ۱۴۵<sup>۲</sup> از اصطلاح توقف استفاده می‌کند که بین حقوق دانان و قضات به مفهوم ورشکستگی است. در نتیجه مشخص نیست «مقام گزیر» بر چه مبنای و طبق چه استانداردهایی باید عملیات گزیر را آغاز کند. در ادامه نیز بیان می‌کند در صورت عدم توفیق در عملیات گزیر، عملیات انحلال و تصفیه شروع می‌شود. این در حالی است که چنانچه عملیات گزیر ناموفق باشد، باید ورشکستگی بانک اعلام شود. در مقررات بین‌المللی سازوکارهای مناسبی وجود دارد؛ مثلاً بر اساس ماده ۳۲ دستورالعمل پارلمان و شورای اروپا مصوب ۲۰۱۴<sup>۳</sup> زمانی عملیات گزیر شروع می‌شود که مؤسسه اعتباری، توان پرداخت دیون خود را نداشته باشد یا شواهدی عینی بر عدم توانایی در آینده نزدیک احراز شود. این دستورالعمل چارچوبی را برای دولت‌های عضو مقرر می‌دارد که به مقامات گزیر این اختیار را بدهد تا از عدم توانایی بانک جلوگیری کرده یا آن را مدیریت کنند (Haentjens & Wessels, 2015: 359).

۱. «در صورتی که بانکی توسط کمیته مقررات گذاری و نظارت بانکی، در «معرض خطر» تشخیص داده شود و هیئت عالی ظرف ۲۴ ساعت کاری، با تشخیص کمیته مزبور مخالفت نکند، سازمان موظف است بلافاصله... عملیات گزیر بانک را آغاز کند».

۲. بند ۱ ماده ۱۴۵: «در صورتی که مؤسسه اعتباری «در معرض خطر» تشخیص داده شود، سازمان موظف است ظرف ۴۸ ساعت با استفاده از اختیارات پیش‌بینی شده در این قانون و تحت نظارت کمیته مقررات گذاری و نظارت بانکی، «عملیات گزیر» مؤسسه مزبور را آغاز کند. عملیات «گزیر»، با عزل هیئت مدیره و هیئت عامل مؤسسه متوقف، سلب صلاحیت از مجمع عمومی مؤسسه و نصب مدیر موقت به وسیله سازمان آغاز می‌شود. هدف اولیه از عملیات گزیر مؤسسه اعتباری «در معرض خطر»، بهبود بخشیدن به وضعیت آن است؛ لکن در صورتی که در هر مرحله از عملیات گزیر، معلوم شود که راهی جز انحلال مؤسسه اعتباری در حال گزیر وجود ندارد، باید عملیات انحلال و تصفیه آن بلادرنگ آغاز شود...».

3. Resolution Directive 2014/59/EU.



## ۲-۱. ضابطه تعیین تاریخ توقف

در قانون تجارت، ضابطه مشخص و ملموسی برای تعیین تاریخ توقف مقرر نشده و تعیین آن به دادگاه محول شده است. دادگاه می‌تواند تاریخ توقف را ماه‌ها و حتی سال‌ها قبل از حکم معین کند. قانون تجارت در این خصوص کارایی لازم را نداشته و همواره مورد انتقاد بوده است. در طرح جامع، برای رفع این نقیصه تدبیری اندیشیده شده است و آن اینکه بر اساس ماده ۱۵۷:

«در مواردی که دادگاه حکم به ورشکستگی بانک در حال گزیر می‌دهد، تاریخ توقف بانک ورشکسته، تاریخ آغاز عملیات گزیر است...».

این ماده قابل انتقاد است؛ زیرا تاریخ آغاز عملیات گزیر خود مبهم بوده و به وضوح مشخص نشده است. این امر می‌تواند موجبات اختلاف نظر را فراهم نماید. همان طور که گفته شده است، در «فرایند گزیر» برای احراز حالت «در معرض خطر»، باید میزان زیان‌های احتمالی برآورد گردد؛ چه اینکه اگر این امر به درستی تبیین نشود، این ابزار کارایی لازم را نخواهد داشت. در واقع، مجری فرایند گزیر باید ابتدا بانک‌های مشکل‌دار را شناسایی کرده و سپس به بررسی مشکلات و دارایی‌های آن‌ها پرداخته تا بتواند صورت دقیقی تهیه نماید.

## ۳-۱. اختیارات و مسئولیت‌های مجری فرایند گزیر؛ قاعده استیمان

«فرایند گزیر»، توسط اشخاصی به نام «مقام گزیر» صورت می‌گیرد که ما آن را «مجری فرایند گزیر» نامیده‌ایم. در این فرایند باید وظایف بانک، استقلال مجری، رابطه آن با دستگاه قضا و... به صورت شفاف تعیین گردد. این امر وقتی حاصل می‌شود که حقوق و تکالیف همه اشخاص و سازمان‌های مربوط تبیین شود. به طور کلی برای اجرای «فرایند گزیر»، یک یا دو مجری تعیین می‌شود. این افراد از کلیه اختیارات لازم جهت اعمال برخی اقدامات که اساساً جنبه قضایی دارند، برخوردار هستند. «مجری فرایند گزیر» می‌تواند برای مثال، نماینده‌ای از بانک مرکزی باشد. همچنین در مواردی که چند مجری مبادرت به اجرای فرایند گزیر می‌نمایند، باید حیطه کاری هر کدام روشن شده و مقام ارشد نیز تعیین شود. «مجری فرایند گزیر» در خصوص ورود زیان‌های احتمالی که بر

مبنای حسن نیت واقع می‌شود، مسئولیتی ندارد. در این خصوص می‌توان به «قاعده استیمان» و نسبت آن با «نظام حل و فصل مالی بانک‌ها» اشاره نمود (خراطها، ۱۳۹۷: ۱۹۶). طبق این قاعده، اگر شخصی بر مال دیگری استیلا یابد، مادامی که تعدی و تفریط نکند، ضامن نیست<sup>۱</sup> (حسینی مراغی، ۱۴۱۸: ۴۸۳/۲ به بعد). در واقع، از آنجایی که اداره اموال و دارایی‌ها بانک در حال گزیر با «مجری فرایند گزیر» است، می‌توان ید وی را نسبت به اموال و دارایی‌های بانک در حال گزیر یا بازسازی، امانی یا در حکم امانی دانست. اگر مجری، اموال و دارایی‌ها بانک را اداره نموده و اتفاقاً با کاهش قیمت آن‌ها مواجه و النهایه موجب تضرر طلبکاران و سهامداران گردد، چنانچه در حدود اختیارات قانونی عمل نموده و تعدی و تفریط نکرده باشد، ضامن نیست (ماده ۱۶۷ طرح جامع).<sup>۲</sup> اما تعدی و تفریط مجری فرایند گزیر، دیگر مجاللی را برای تمسک به قاعده استیمان در راستای معافیت از جبران خسارت برای وی باقی نمی‌گذارد. لذا از باب قاعده اتلاف و یا تسبیب، مسئول خواهد بود (عاملی جبعی، ۱۴۳۰: ۱۰۰). به عبارت دیگر، سهامداران عمده و به تبع آن، مدیران و مجری فرایند گزیر به عنوان متصدیان اصلی بانک، موظف به رعایت کلیه اصول، ضوابط و مقررات چگونگی اداره بانک‌ها بوده و تخطی از آن‌ها، تعدی و تفریط محسوب می‌شود. در خصوص فلسفه پیش‌بینی چنین حکمی نیز باید گفت از آنجایی که وظیفه مجری فرایند گزیر، بسیار خطیر و پرهزینه است، در صورتی که بانک مرکزی حداقل در مورد خسارات غیر عمدی، حمایت‌های لازم را از وی به عمل نیاورد، دیگر هیچ کس عهده‌دار چنین مسئولیتی نخواهد بود یا در فرض پذیرش مسئولیت نیز توان جبران خسارات وارده را نخواهد داشت. همچنین:

«در صورتی که اثبات شود که مدیر موقت بانک در حال بازسازی یا مدیر تصفیه

۱. «إِنَّ الْأَسْتِيْمَانَ عِبَارَةٌ عَنْ إِذْنِ الْمَالِكِ أَوْ الشَّارِعِ فِي قَبْضِ الْمَالِ أَوْ التَّصَرُّفِ فِيهِ لِمَصْلَحَةِ الْمَالِكِ لَا لِمَصْلَحَةِ الْقَابِضِ نَفْسِهِ وَلَا لِلْمُرَكَّبِ مِنْهُمَا...».

۲. در صورتی که اعمال خارج از حدود اختیارات مدیر موقت یا مدیر تصفیه، منجر به ورود زیان به اشخاص شده باشد، زیان وارده توسط بانک مرکزی جبران می‌شود. تبصره ۱- در صورتی که در فرایند رسیدگی به موضوع این ماده، مرجع قضایی احراز کند که خسارات وارده، ناشی از ارتکاب جرم یا تقصیر عمدی از سوی مدیران منصوب سازمان بوده است، بانک مرکزی پس از پرداخت خسارت، برای دریافت خسارت پرداختی به مدیر مربوطه رجوع می‌نماید. چنانچه خسارت وارده، ناشی از اقدامات سهوی مدیران منصوب باشد، بانک مرکزی حق رجوع به مدیر مربوط برای دریافت خسارت را ندارد.

بانک در حال گزیر، با اشخاص ذی نفع بانک مزبور یا اشخاص دیگر تباری نموده یا قراردادی به نفع خود و به ضرر طلبکارها یا بعضی از آنها منعقد نموده یا اموالی را حیف و میل کرده باشد، به مجازات خیانت در امانت محکوم خواهد شد» (ماده ۱۶۸).

از سوی دیگر، «مجری فرایند گزیر» باید دسترسی آزاد به اطلاعات مورد نیاز را داشته باشد و نباید با مانع تراشی سایر دستگاه‌ها روبه‌رو گردد.<sup>۱</sup> این قبیل اختیارات، «مجری فرایند گزیر» را در حالتی قرار می‌دهد که از آن به موقعیت «تعارض منافع»<sup>۲</sup> تعبیر می‌شود که در ایالات متحده مبتنی بر «قاعده ولکر»<sup>۳</sup> است. این قاعده با هدف تقلیل ریسک سیستماتیک در نظام بانکی وضع شده و بر اساس آن نباید منافع بانک، فدای منافع مدیران آن شود و سپرده‌های مردم در جهت نفع شخصی مدیران قرار گیرد (Avci, 2018: 343). نویسندگان طرح جامع نیز بر این موضوع واقف بوده، لکن آن را منحصر به بانک مرکزی کرده‌اند.<sup>۴</sup> بی‌توجهی به موقعیت تعارض منافع حاصله موجب می‌شود که «مجری فرایند» پاسخگو نباشد. این گفته در جایی شدت می‌گیرد که مجری فرایند گزیر، از حق تصاحب و کنترل<sup>۵</sup>

۱. تبصره ۲ ماده ۱۴۸ طرح جامع: «سهامداران، اعضای هیئت مدیره و هیئت عامل و کلیه کارکنان بانک در حال گزیر، ملزم به همکاری با سازمان و مدیر موقت هستند. هر گونه خودداری از تحویل اسناد، مدارک و دارایی‌ها یا اطلاعات مربوط به بانک در حال گزیر به مدیر موقت، موجب محکومیت به حبس از شش ماه تا دو سال و جبران خسارات وارده خواهد بود».

2. Conflict of interest.

3. Volcker Rule.

۴. «ماده ۶۶- بانک مرکزی مجاز به انجام امور ذیل نمی‌باشد: ... ت. مشارکت با سایر اشخاص به نحوی که منجر به تعارض منافع شود؛ تبصره ۱: تشخیص تعارض منافع با هیئت عالی است».

۵. «مجری فرایند گزیر» باید از حق تصاحب کنترل و مدیریت بانک برخوردار باشد تا بتواند کارکردهای حیاتی آن از جمله کارکردهای مربوط به نظام پرداخت را حفظ نماید. همچنین انتقال سریع و بی‌درنگ ارکان مدیریت و نظارت به مجری حائز اهمیت است تا مبادا بانک مزبور خالی از بدنه مدیریتی بماند. رابطه این امر با کاهش ارزش دارایی‌های بانک هم بستگی مثبت است (خراطها، ۱۳۹۷: ۳۵). بند ۱ ماده ۱۴۶ طرح جامع مشخص نمی‌کند که آیا از مجمع عمومی بانک به عنوان رکن اصلی در انتخاب و عزل مدیران، سلب اختیار شده است یا خیر؟ به نظر می‌رسد تعارض آشکاری بین ماده ۱۴۵ و ۱۴۶ طرح وجود دارد؛ زیرا بند ۱ و ۲ ماده ۱۴۶ با سلب صلاحیت از مجمع عمومی ملازمه دارد. با وجود این، در صورت عدم تمکین بانک به عزل مدیران (به معنای دقیق مجمع عمومی) ضمانت اجرایی پیش‌بینی نشده است. در این خصوص پیشنهاد می‌شود بند ۱ مذکور به شرح ذیل اصلاح گردد: «عزل تمام یا بخشی از اعضای هیئت مدیره و هیئت عامل و الزام مجمع عمومی به انتخاب اعضای جدید».

برخوردار بوده، لکن دستگاه قضایی به عنوان مرجع تظلم خواهی، در رسیدگی و نظارت بر افعال مجری با محدودیت‌های جدی مواجه است.<sup>۱</sup> هدف از طراحی فرایند گزیر و دخالت مجری آن در بانک‌هایی که با مشکلات مالی مواجه هستند، حمایت هر چه بیشتر از منافع عمومی و حفظ ثبات مالی کشور است (Ambrasas, 2015: 10). به همین جهت، تبصره ۱ ماده ۱۴۸ طرح جامع اشعار می‌دارد:

«مدیر موقت دارای کلیه اختیارات هیئت مدیره و هیئت عامل مطابق اساسنامه خواهد بود. اختیارات مجمع عمومی صاحبان سهام تا پایان عملیات گزیر و انحلال مؤسسه اعتباری در حال گزیر به کمیته مقررات‌گذاری و نظارت بانکی تفویض می‌شود».

بنابراین در بانک‌ها برای رعایت نظم عمومی اقتصادی، دخالت مقامات عمومی اجتناب‌ناپذیر است. با وجود این باید به دو نکته توجه نمود: اولاً، حدود این حکم استثنایی به وضوح روشن گردد تا به عنوان ابزار استفاده سوء مجری فرایند قرار نگیرد. ثانیاً، اراده بستانکاران به صورت قراردادی یا قانونی محترم شمرده شود.

#### ۴-۱. سیاست تقنینی درباره بانک‌های در معرض خطر

همواره نظام‌های حقوقی تلاش می‌کنند تا بانک‌ها به مرحله توقف نرسند یا در صورت توقف احتمالی، به سرعت و بدون آسیب نظام اقتصادی، مراجعه ناگهانی سپرده‌گذاران برای برداشت سپرده‌های خود و... از آن عبور کنند. در تقویت گفته اخیر مشهور است «که بانک‌هایی نظیر سیتی‌بانک یا بانک آمریکا، بسیار بزرگ‌تر از آن هستند که (بتوان اجازه داد) متوقف شوند» (شریف‌زاده، ۱۳۹۶: ۱۴۷). در این خصوص، دو دیدگاه کلی وجود دارد؛ در «نجات از درون»، بانک ساختارهای درونی خود را ترمیم کرده و در صورت نیاز در بدنه مدیریتی خود تغییراتی اعمال می‌نماید. در واقع در این روش «حل و فصل بانک‌ها» بدون استفاده از منابع مالیات‌دهندگان صورت می‌گیرد. به نظر می‌رسد «نجات از درون» بیشتر جنبه اصل یا سیاست تقنینی

۱. «ماده ۱۶۹- توقف عملیات بازسازی و گزیر، فقط با درخواست رئیس سازمان و تصویب کمیته مقررات‌گذاری و نظارت بانکی امکان‌پذیر است. طرح هر گونه دعوی از جمله دعوی سهامداران یا سایر ذی‌نفعان مؤسسه اعتباری در حال بازسازی یا گزیر در مراجع قضایی، منجر به توقف یا برگشت فرایند بازسازی یا گزیر نخواهد شد».

است. در مقابل، «نجات از بیرون» قرار دارد که با تکیه بر منابع عمومی به دنبال «حل و فصل بانک‌ها» است، که در بخش بعد به تفکیک در این باب سخن می‌رانیم.

## ۲. ابزارهای حل و فصل یا گزیر

گفته شده است که ماده ۳۹ قانون پولی و بانکی ۱۳۵۱<sup>۱</sup> و آیین‌نامه آن، به سازوکاری فراتر از انحلال و ورشکستگی که موضوع فصل سوم قانون مذکور می‌باشد، پرداخته است که قرابت زیادی با «نظام گزیر» دارد، هرچند مقررات آن نسبت به طرح جامع بسیار مجمل می‌باشد. بر اساس مقررات فوق، در صورتی که قدرت پرداخت بانکی به خطر افتد یا سلب شود، هیئت مذکور در ماده ۳۹ قانون پیش گفته می‌تواند اداره امور بانک را به بانک مرکزی ایران واگذار کند یا ترتیب دیگری برای اداره بانک بدهد یا اجازه تأسیس بانک را لغو کند. بنابراین «ناظران بانکی» نه تنها هنگامی که قدرت پرداخت بانک سلب شود، بلکه حتی هنگامی که قدرت پرداخت بانک به خطر افتد نیز می‌توانند از اختیارات مذکور در ماده ۳۹ استفاده کنند و بانک را مشمول لغو مجوز و تصفیه قرار دهند. به نظر می‌رسد اطلاق شق اخیر ماده ۳۹ قانون مذکور، راه را برای توسعه سایر مداخله‌های زود هنگام ناظران بانکی گشوده است. در تأیید ادعای اخیر می‌توان به ماده ۶ آیین‌نامه طرز اداره بانک و نحوه الغاء اجازه تأسیس بانک در موارد مذکور در ماده ۳۹ قانون پولی و بانکی کشور اشاره نمود که مقرر می‌دارد:

«در صورتی که حسن اداره بانک، مستلزم افزایش سرمایه تشخیص گردد، افزایش سرمایه و انتشار و فروش سهام جدید... مجاز خواهد بود» (همان: ۱۵۵ به بعد).

همچنین در صورت لزوم، «مقام ناظر بانکی» می‌تواند مدیریت بانک را خود عهده‌دار شده و از کلیه اختیاراتی که اساسنامه بانک به هیئت مدیره و مدیر عامل بانک

۱. «ماده ۳۹- در موارد زیر ممکن است به پیشنهاد رئیس کل بانک مرکزی ایران و تأیید شورای پول و اعتبار و تصویب هیئتی مرکب از نخست‌وزیر (رئیس‌جمهور) و وزیر دارایی و وزیر اقتصاد و وزیر دادگستری (رئیس قوه قضائیه) اداره امور بانک به عهده بانک مرکزی ایران واگذار شود یا ترتیب دیگری برای اداره بانک داده شود یا اجازه تأسیس بانک لغو شود: الف- در صورتی که مقامات صلاحیت‌دار بانک تقاضا نمایند... ه- در صورتی که قدرت پرداخت بانکی به خطر افتد یا سلب شود. تبصره- بانکی که اجازه تأسیس آن لغو می‌شود، از تاریخ الغاء اجازه تأسیس، طبق دستور بانک مرکزی ایران عمل خواهد کرد».

داده است، برخوردار گردد. به نظر می‌رسد قانون‌گذار در این ماده، اصل نیاز به «نظام گزیر» را پذیرفته است. با این همه، ماده ۴۱ قانون مذکور روش «عادی ورشکستگی» را نیز به طور کلی نفی نمی‌کند. قانون‌گذار در فصل سوم قانون فوق، مداخله زود هنگام بانک مرکزی در قالب فرایند گزیر و فرایند ورشکستگی عادی را به تناسب وضع در مورد بانک‌های ضعیف پیش‌بینی کرده است (همان). با این همه، اگر بپذیریم که قانون‌گذار کلیت گزیر را به صورت ضمنی پذیرفته است، این پرسش هنوز بی‌پاسخ مانده است که دلیل ناکارآمدی قانون پولی و بانکی در مبحث ورشکستگی چیست؟ به اجمال می‌توان گفت به کارگیری برخی از ابزارهای گزیر که در ذیل مورد بحث قرار می‌گیرد، مانند تأسیس بانک انتقالی، نیازمند مجوز قانون‌گذار است؛ زیرا مجری فرایند در صورت لزوم باید سرمایه بانک انتقالی را خود فراهم کرده و برای مدت قابل توجهی به عنوان سهامدار و مدیر بانک انجام وظیفه نماید که این امر تنها از عهده برخی اشخاص حقوقی مانند شرکت بیمه که از توان مالی و تخصص بالایی برخوردارند، برمی‌آید.

## ۱-۲. نجات از درون

### ۱-۱-۲. بررسی فقهی نجات از درون

در فقه، «کاهش ارزش قهری دین» شناسایی نشده و دین تنها با رضایت طلبکار ابراء می‌شود (علامه حلی، ۱۴۳۰: ۱۰۶، به نقل از: خراطها). در نتیجه، مادامی که دین توسط بدهکار یا شخص ثالث پرداخت نشده باشد، دین مزبور ایفاننده محسوب می‌شود. با وجود این، مفهوم کاهش ارزش دین بر اساس «نجات از درون»، حاکی از ابراء قهری بخشی از آن دین است. البته چنین ابراء مردودی تنها نسبت به کسانی مطرح است که در مقام خریدار قرار داشته و شخصیتی خارجی نسبت به بانک دارند. لذا این مهم نسبت به سهامداران که مالکیت بانک را در اختیار دارند، موضوعیت نداشته و فقط در دایره ورود ضرر به مال خود تعریف می‌شود که از پیش، گویی پذیرفته شده است. لذا یکی از نقاط مبهم «نجات از درون»، کاهش ارزش دیون است که آیا مطابق با قواعد فقهی می‌باشد یا خیر؟ این پرسش در خصوص «تبدیل دیون بانک متوقف به سهام جدید» نیز مطرح است. در واقع اگر تبدیل دین به سهام جدید، مطابق با ارزش اصلی

دین باشد، مشکلی پیش نمی‌آید، لکن دشواری در جایی است که تبدیل دین به سهام با کاهش ارزش دیون همراه باشد. آنچه از ماده ۲۷۵ ق.م. قابل برداشت و تسری به مفهوم نجات از درون نیز هست، موضوع «تبدیل تعهد» می‌باشد که حقوق‌دانان در خصوص امکان‌پذیر بودن این موضوع اتفاق نظر ندارند (خراطها، ۱۳۹۷: ۱۷۲). حال باید دید که سایر نظام‌های حقوقی و همچنین طرح جامع بانکداری، چه تدابیری برای حل این مسئله اندیشیده‌اند؟<sup>۱</sup>

## ۲-۱-۲. نجات از درون در نظام کنونی

در این روش به جای توسل به منابع و بودجه عمومی، بدهی‌ها و مشکلات بانک بر سهامداران و طلبکاران تحمیل می‌شود (Dato, 2019). امروز اندیشه‌های حقوقی به این سو گرایش یافته‌اند که در «حل و فصل مالی بانک‌ها» نباید بر منابع عمومی تکیه زد. در این ابزار، دو روش اصلی «جذب خسارت» وجود دارد که عبارت‌اند از: «کاهش ارزش بخشی از دیون موجود» و «تبدیل بخشی از دیون به اوراق سهام جدید». در این روش، بانک از طریق تبدیل دیون خود به سهام، سرمایه جدید به دست می‌آورد. با اعمال این روش، ممکن است سهامداران اولیه کنار گذاشته شده و دولت در راستای حفظ ثبات مالی، وارد کارزار شود. لکن این امر بدان معنا نیست که «مجری فرایند گزیر»، سلسله مراتب بستانکاران را بر هم بزند. همچنین ضرورتی ندارد که سهامداران موجود از بانک خارج شوند؛ چه اینکه ممکن است زیان‌ها به صورت کامل، سهام واقعی را از بین نبرند (خراطها، ۱۳۹۷: ۱۰۹). در واقع در این روش با سلب حق سهامداران جهت تصمیم‌گیری، به مجری فرایند گزیر اجازه داده می‌شود که نسبت به تبدیل دیون شرکت به سهام و تحمیل آن بر طلبکاران تصمیم بگیرد (OECD, 2012: 69). از سوی دیگر، بعضی دیون مانند سپرده‌های تضمین‌شده اشخاص نزد بانک‌ها و دیون موثق، از اعمال این ابزار مستثنا می‌گردند. در این خصوص در ماده ۲ دستورالعمل احیا و گزیر بانک‌ها مصوب ۲۰۱۴ می‌خوانیم: «ابزار نجات از درون»، سازوکاری است به منظور اعطاء

۱. در این خصوص می‌توان رضایت سهامداران را در قالب درج شرط ضمن عقد نسبت به قراردادهای جدید و الحاق شروط نسبت به قراردادهای متعقده مبنی بر اینکه در صورت بروز مشکل، دیون بانک کاهش ارزش داشته یا متناسب با ارزش دین تبدیل به سهام گردد، تحصیل کرد.

اختیار به مجری فرایند گزیر مبنی بر حق کاهش ارزش یا تبدیل بدهی‌های بانک تحت گزیر به سهام. در واقع، «فرایند گزیر» باید موجب کاهش هزینه‌های تحمیلی ناشی از «فرایند گزیر بانک‌ها» بر منابع مالیات‌دهندگان باشد. زمانی که ابزار «نجات از درون» اعمال می‌گردد، «فرایند گزیر» از طریق این ابزار، همراه با تغییر در بدنه مدیریتی بانک می‌باشد، هرچند مطابق با دستورالعمل اتحادیه اروپا، بنا بر تشخیص مجری فرایند گزیر می‌توان از به کارگیری تغییرات در بدنه مدیریتی بانک در موارد ضروری و مقتضی چشم‌پوشی نمود (خراطها، ۱۳۹۷: ۱۰۹). در بند ۹ ماده ۱۴۶ و بند ۳ ماده ۱۵۰ طرح جامع نیز به نجات از درون اشاره شده است. لکن صرفاً بدهی‌های سپرده‌ای استشنا شده است. به نظر می‌رسد بند فوق از حیث عدم توجه به واحدهای تولیدی و پیمانکاری نیز قابل انتقاد باشد؛ زیرا تبدیل بدهی غیر سپرده‌ای به سهام و در نتیجه توزیع ریسک ورشکستگی به طرف قراردادهای غیر سپرده‌ای به طور مطلق صحیح نیست. فرض کنیم پس از انعقاد قرارداد بانک با پیمانکار یا کارگاه تولیدی، بانک با مشکل مالی مواجه شود. در این صورت اگر به جای طلب پیمانکار یا کارگاه تولیدی، سهام بانک بحرانی به وی تحمیل شود، این امر نه تنها ممکن است موجبات اعسار و ورشکستگی آنها را فراهم کند. بلکه با عدالت معاوضی نیز ناسازگار است. این در حالی است که بند ۲ ماده ۴۴ دستورالعمل به طور تفصیلی، کلیه دیون از جمله سپرده‌های تضمین شده، بدهی‌های موثق، بدهی‌های مربوط به نگهداری و حفظ پول مشتریان، بدهی‌های مربوط به روابط امانی بانک و سایر اشخاص و... را از شمول به کارگیری ابزار «نجات از درون» استثناء کرده است. همچنین باید دانست که زیرساخت‌های «نجات از درون»، تنها بدهی‌های سپرده‌نشده و تبدیل دیون به سهام نیست؛ زیرا بانک‌ها در نظام بین‌المللی، برخی اوراق را صادر می‌نمایند که این اوراق برای جذب زیان طراحی شده‌اند. این اوراق، «اوراق تبعی» نامیده می‌شوند. شخصی که این اوراق را خریداری می‌کند، طی

۱. بند ۹ چنین بیان می‌کند: «تبدیل تمام یا بخشی از بدهی‌های غیر سپرده‌ای به سهام، مطابق مصوبه کمیته مقررات‌گذاری و نظارت بانکی یا طبق قرارداد مربوط».

۲. بند ۳ ماده ۱۵۰ چنین بیان می‌کند: «تبدیل بخشی از بدهی‌های ضمانت‌نشده بانک در حال گزیر به سهام پس از طی مراحل قانونی».



قراردادی این ریسک را نیز می‌پذیرد که با وجود دریافت سود بالاتر، اگر بانک به مرحله توقف برسد، وی اولین شخصی باشد که زیان بانک را جذب می‌کند.

## ۲-۲. خرید دارایی و پذیرش

یکی دیگر از ابزارهای گزیر، فروش کل یا بخشی از دارایی‌های بانک به بانک دیگر یا شرکت‌های مدیریت دارایی یا اشخاص دیگر است. در این روش، بانک سالم بخشی از دارایی‌های بانک را تملک کرده و بخشی از تعهدات آن را نیز می‌پذیرد. بدیهی است که مؤسسات فوق باید از سلامت مالی کافی بهره‌مند باشند. اما باید توجه نمود که اگر تمام دارایی‌ها و تعهدات بانک منتقل شود، این ابزار شبیه ادغام خواهد بود که ممکن است در آن، تملک شخصیت حقوقی نیز صورت گیرد. لکن در این ابزار و بر خلاف ادغام، خریدار عملیات بانک را می‌خرد و شخصیت حقوقی با مجوز آن برای بانک مشکل دار باقی می‌ماند (نوری یوشانلوئی و باقری، ۱۳۹۷: ۳۵). در همین راستا، در بند ۱ ماده ۱۵۰ طرح جامع، به مدیر موقت اجازه داده شده است که پیشنهاد فروش تمام یا بخشی از دارایی‌های «بانک در حال گزیر» را به کمیته مقررات‌گذاری و نظارت بانکی ارائه کند. مؤسسات فوق باید از سلامت مالی کافی بهره‌مند باشند. در عوض، بخشی از بدهی‌های بانک به «بانک داوطلب» منتقل می‌شود. «بانک داوطلب» که برای «پذیرش دارایی‌ها» و «تعهدات بانک» در حال گزیر اعلام آمادگی کرده است، می‌تواند هر یک از بانک‌های مجاز کشور باشد. انجام واگذاری مذکور، نقطه پایان حیات بانک تحت گزیر بوده و مجری فرایند گزیر، اقدام به اداره دارایی‌ها و بدهی‌ها می‌نماید. مجری می‌تواند بخشی از دارایی‌های «بانک در حال گزیر» را که امکان واگذاری آن به «بانک داوطلب» وجود ندارد، به «شرکت مدیریت دارایی» که تحت نظارت مجری است، منتقل کرده یا خود، مدیریت آن دارایی‌ها را تا زمانی که امکان واگذاری فراهم شود، بر عهده گیرد. این دارایی‌ها باید در اولین فرصت به بخش غیردولتی واگذار شوند. در واقع، فلسفه «بانک انتقالی» که سرمایه آن از منابع عمومی

۱. بند ۱ ماده ۱۵۰ چنین بیان می‌کند: «فروش یا واگذاری تمام یا بخشی از دارایی‌ها و بدهی‌های بانک در حال گزیر به بانک دیگر، شرکت‌های مدیریت دارایی و یا اشخاص دیگر».

تأمین می‌شود، به معنای خروج مسئله از دایره حقوق خصوصی و نگاه به موضوع از منظر منافع عمومی و ثبات مالی است (شریف‌زاده، ۱۳۹۶: ۱۵۱-۱۵۲). در این خصوص، پرسشی که در طرح جامع بی‌پاسخ مانده است، آن است که ابتدا باید کدام اموال بانک مشکل‌دار فروخته شود؟ در فقه نیز گفتگوهایی در این باره صورت گرفته است. برای نمونه، مستحب است ابتدا اموالی از محجور فروخته شوند که در معرض تلف می‌باشند؛ یعنی اموالی از بانک که در معرض تلف واقعی یا حکمی قرار داشته یا در صورت تأخیر در فروش آن‌ها ممکن است تنزل قیمت یابند، ابتدا باید فروخته شوند و سپس نوبت به اموال مرهونه و غیره برسد (قواعد الاحکام، به نقل از: رحیمی، ۱۳۷۷: ۲۶).

از سوی دیگر، شرکت‌های مدیریت دارایی که در عمل، اقدام به وصول مطالبات می‌نمایند در نظام قضایی ما سابقه نداشته و برای نخستین بار در طرح جامع پیش‌بینی شده‌اند. این اقدام را باید به فال نیک گرفت که می‌تواند آثاری از جمله کاهش ورودی پرونده‌های قضایی داشته باشد. با وجود این، احکام آن مشخص نشده است که می‌تواند موجبات اختلاف نظر قضایی را فراهم نماید.

لازم به ذکر است که در فقه، صرف انتقال بدون فروش دیون پذیرفتنی است که این مسئله تحت عقد حواله قابل بحث می‌باشد. در واقع، حواله عقدی است که باعث انتقال دیون از ذمه محیل به ذمه محال‌علیه می‌شود. همان‌طور که از عبارت فقها مشخص است، این عقد برای انتقال دیون تشریح شده است نه انتقال طلب و سایر دارایی‌ها. لذا عقد حواله نمی‌تواند سایر دارایی‌های بانک را به دیگری منتقل نماید. از طرفی، هرچند از دید فقها و قانون مدنی لزومی ندارد که محال‌علیه به محیل بدهکار باشد. با وجود این و بر اساس دیدگاه مشهور فقها، برای صحت حواله لازم است که طرف‌های عقد یعنی محیل، محتال و محال‌علیه، نسبت به مضمون عقد راضی باشند:

«وهی التعهّد بالمال من المشغول بمنله ویشترط فیها رضی الثلاثة» (عاملی جبعی، ۱۳۳۰: ۲۳۰ به بعد؛ رضوی و همکاران، ۱۳۹۸: ۲۴).

در نتیجه، اعمال و به کارگیری ابزار فروش کسب و کار و همچنین ابزار بانک انتقالی در قالب انتقال طلب، انتقال دین، تبدیل تعهد یا حواله گنجانده نمی‌شود؛ زیرا تعهد بانک متوقف ساقط نمی‌شود، بلکه با همه تضمینات به بانک خریدار یا

تحصیل کننده منتقل می شود (خراطها، ۱۳۹۷: ۱۹۷).

## ۳-۲. تفکیک دارایی های خوب از بد

در برخی موارد، مجری فرایند گزیر می تواند دارایی های با کیفیت خوب را از دارایی های با کیفیت بد جدا کرده و اجازه دهد که فعالیت بانک ادامه یابد. در واقع، دارایی های آسیب دیده به یک شعبه خاص یا شرکت مدیریت دارایی منتقل می شود. در نتیجه با انتقال به شرکت مدیریت دارایی، مدیریت آن دارایی ها به نحو کارآمدتری صورت می گیرد. البته مجری می تواند در خصوص نحوه انتقال دارایی ها نیز تصمیم بگیرد که این انتقال با حق رجوع باشد یا بدون آن. در حالت نخست، مجری ضمن انتقال دارایی ها می تواند ترتیبی اتخاذ نماید تا این دارایی ها به صورت جزئی یا کلی قابل استرداد باشد. اما در حالت دوم، مطالبات و دارایی های معوق و مشکل دار منتقل شده و پس از وصول نیز قابل برگشت نیست (نوری یوشانلویی و باقری، ۱۳۹۷: ۳۶).

## ۴-۲. انتقال دارایی به بانک واسط یا موقت

در فقه همانند حقوق تجارت، حمایت هایی از دیان ورشکسته صورت گرفته است که به نظر می رسد بتوان از احکام آن در حل و فصل مالی بانک ها نیز استفاده نمود؛ مثلاً به اعتقاد علامه حلی، مستحب است حاکم سریعاً اقدام به فروش دارایی ورشکسته نماید تا وی و طلبکارانش متضرر نگردند. صاحب جواهر نیز در این خصوص، حکم به وجوب داده است (رحیمی، ۱۳۷۷: ۲۶). در واقع، هر چه در فروش اموال ورشکسته تأخیر شود، ممکن است قیمت اموال به شدت کاهش یابد. افزون بر اینکه این اعتقاد وجود دارد که هر چقدر طلب کار زودتر به طلبش برسد، می تواند استفاده شایانی از آن ببرد؛ مثلاً می تواند از آن در گردش تجاری خود بهره مند شود. لکن در صورتی که دارایی های بانک، خریدار مناسبی نداشته باشد، «مدیر موقت» برابر بند ۲ ماده ۱۵۰ طرح جامع می تواند پیشنهادهایی در خصوص انتقال باقی مانده داری ها و بدهی های بانک در حال گزیر به یک بانک موقت بدهد. هدف از این کار آن است که بانک موقت، پاسخ گوی مراجعات سپرده گذاران، تسهیلات گیرندگان و سایر ذی نفعان بانک در حال گزیر باشد تا اینکه راه حل مناسبی برای بانک در معرض خطر پیدا شود

(García-Olalla & Clifton, 2018: 37). «بانک جدید» از محل انتقال تمام یا بخشی از دارایی‌ها و بدهی‌های «بانک تحت‌گزر» تشکیل می‌شود و به محض «تأسیس بانک انتقالی»، حیات «بانک تحت‌گزر» خاتمه می‌پذیرد. در واقع، فلسفه «بانک انتقالی» که سرمایه آن از منابع عمومی تأمین می‌شود، به معنای خروج مسئله از دایره حقوق خصوصی و نگاه به موضوع از منظر منافع عمومی و ثبات مالی است (شریف‌زاده، ۱۳۹۶: ۱۵۱-۱۵۲). مسئله مهم در این خصوص آن است که کدام دسته از اموال باید منتقل شود؟ باید دانست که تمام یا بخشی از مطالبات مالی غیر معوق و همچنین تمام یا بخشی از سپرده‌ها و سایر تعهدات به بانک جدید منتقل می‌شود. اما مطالبات و دارایی‌های مشکل‌دار و دارایی‌های معوق منتقل نشده و نزد بانک باقی می‌ماند و نهایتاً آن بانک مشکل‌دار نیز مورد تصفیه قرار می‌گیرد (نوری یوشانلوئی و باقری، ۱۳۹۷: ۳۶). واضح است که اگر مطالبات مالی معوق و یا مشکل‌دار نیز منتقل گردد، بانک انتقالی نیز با مشکل مواجه شده و فلسفه تأسیس آن از بین می‌رود. در سایر نظام‌های حقوقی، «بانک انتقالی» بانک عمومی بوده و سهامدار اصلی آن یک نهاد عمومی مانند شرکت فدرال بیمه سپرده است. از سوی دیگر، «بانک انتقالی» باید در بازه زمانی معین و کوتاهی به بخش غیر دولتی واگذار شده یا منحل گردد.

## ۵-۲. پرداخت سپرده‌های ضمانت‌شده و انحلال

گفته شده است با پیش‌بینی سازوکار نظام حمایت از سپرده‌گذاران تحت عناوینی مانند بیمه یا تضمین سپرده‌ها، می‌توان از ورشکستگی بانک‌ها پیشگیری نمود؛ زیرا با ایجاد اطمینان خاطر در سپرده‌گذاران مبنی بر اینکه سپرده‌های آنان محفوظ است، می‌توان از مراجعه ناگهانی سپرده‌گذاران برای برداشت سپرده‌های خود جلوگیری نمود (همان: ۳۷). «به منظور تضمین سپرده‌های اشخاص در بانک‌ها، به صندوق ضمانت سپرده‌ها موضوع ماده ۹۵ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم... اجازه داده می‌شود با رعایت شرایط مقرر در این قانون به فعالیت خود ادامه دهد» (ماده ۱۸۲ طرح جامع). صندوق موظف است بلافاصله و حداکثر تا سی روز، نسبت به تأدیه مانده سپرده‌های سپرده‌گذاران بانک در حال‌گزر تا سقف تضمین‌شده، به صورت پرداخت نقدی و یا ایجاد سپرده‌هایی

به همان میزان و شرایط در بانک دیگر اقدام نماید و در صورتی که منابع صندوق از کفایت لازم جهت ایفای تعهداتِ حال شده سپرده گذاران برخوردار نباشد، بانک‌ها مکلف‌اند سهم مشخصی را که توسط صندوق تعیین و ابلاغ می‌شود و متجاوز از دو برابر مبلغ آخرین حق عضویت سالانه نمی‌باشد، به صورت پیش‌پرداخت حق عضویت‌های آتی در اختیار صندوق قرار دهند (ماده ۱۸۷ و ۱۹۲ همان طرح). در نتیجه، «مجری فرایند گزیر» می‌تواند ضمن پرداخت سپرده‌های ضمانت‌شده، بانک را نیز منحل نماید. در این ابزار نیز تصفیه بانک توسط «مجری فرایند گزیر» صورت می‌گیرد. در برخی نظام‌های حقوقی از جمله ایالات متحده آمریکا، «انحلال» نیز از «ابزارهای گزیر» محسوب می‌شود (FDIC, 2014). لکن در برخی نظام‌های دیگر، «انحلال» از ابزارهای گزیر محسوب نشده و تنها در صورتی که شروط گزیر برقرار نباشد، موضوع جهت صدور حکم ورشکستگی به دادگاه ارجاع می‌شود (EU, 2014).

## ۲-۶. ادغام

ادغام مصدر باب افعال و در لغت به معنای داخل کردن چیزی در چیز دیگر است. «أدغم اللجام فی فم الفرس» به معنای داخل کردن لجام در دهن اسب است. در زبان فارسی نیز به معنای فرا گرفتن چیزی توسط چیز دیگر یا در هم فشردن و فرو بردن دو چیز مانند دو حرف همجنس یا قریب‌المخرج در یکدیگر است (رضوی و همکاران، ۱۳۹۸: ۷ به بعد). در خصوص ماهیت فقهی ادغام، گفتگوها و تردیدها بسیار است؛ مثلاً برخی آن را عقد دانسته و با قاعده «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» یا «المؤمنون عند شروطهم» توجیه کرده‌اند. برخی نیز علی‌رغم پذیرش ماهیت قراردادی آن، در تطبیق آن با عقود معین تردید کرده‌اند (در این خصوص ر.ک: رضوی و همکاران، ۱۳۹۸). به اجمال می‌توان گفت که ادغام یک‌جانبه از طریق جذب یک یا چند بانک با محو شخصیت حقوقی (به عنوان بانک یا بانک‌های ادغام‌شونده) در بانک موجود با حفظ شخصیت حقوقی (با عنوان بانک پذیرنده ادغام) انجام می‌پذیرد و ادغام دو (یا چند) جانبه از طریق ادغام دو یا چند بانک ادغام‌شونده با محو شخصیت حقوقی آن‌ها و ایجاد بانک جدید صورت می‌پذیرد (ماده ۲ پیشنهادی نگارندگان). در واقع، ادغام یکی از ابزارهای «بازسازی» بانک‌های متوقف

یا در شُرُف توقف است. بی‌تردید بانک‌ها نقش به‌سزایی در تأمین منابع و ارائه خدمات مالی کشور دارند. کاهش هزینه‌های بانک، ارائه خدمات گسترده، رقابت با بانک‌های بین‌المللی و...، همواره محفل گفتگوها قرار می‌گیرد. باید دانست که «ادغام» به تنهایی موجب کارایی بانک‌ها نمی‌شود، مگر آنکه بانک کارا تر بتواند بانکی را که کارایی کمتری دارد، تصاحب نماید (شهرستانی و قبادی، ۱۳۸۷: ۱۱۵). با انجام ادغام انتظار می‌رود که «بانک ادغام‌کننده» بتواند هزینه‌ها را از طریق کارایی مدیریتی کاهش دهد. در قانون تجارت، به موضوع «ادغام» شرکت‌ها اشاره نشده است. برای مطالعه پیشینه ادغام در حقوق ایران باید به قانون شرکت‌های تعاونی ۱۳۵۰ و سایر قوانین مراجعه نمود که خود می‌تواند موضوع پژوهشی دیگر باشد. لکن به اجمال می‌توان گفت که «ادغام بانک‌ها» از اسباب انحلال بانک محسوب شده و در اثر «ادغام»، شخصیت حقوقی بانکی که در بانک دیگر ادغام می‌شود، زائل می‌گردد. در نتیجه، اموال، حقوق، تعهدات و شرکای آن‌ها، تحت شرایطی به بانک بازمانده منتقل می‌شوند و به دلیل انتقال اموال و تعهدات، بعد از انحلال ناشی از ادغام، «عملیات تصفیه» اجرا نمی‌شود. معمولاً ادغام هنگامی انجام می‌شود که بانک در تأمین هزینه‌های خود با مشکل مواجه شود و یا اینکه در مقیاسی عمل می‌کند که از صرفه‌های مقیاس برخوردار نیست و یا از توانایی‌های مدیریتی کمتری بهره‌مند است (عیسی‌زاده و مظهری آوا، ۱۳۹۶: ۱۷۶). طرح جامع به «ابزار ادغام» بانک‌ها پرداخته است.<sup>۱</sup> این اقدام را باید به فال نیک گرفت. لکن از دو جهت دارای ابهام و اشکال است: اولاً احکام آن به صورت مبهم معین شده و آثار، اوصاف و ضمانت اجرای آن به وضوح معین نشده است.<sup>۲</sup> ثانیاً ادغام

۱. «در صورتی که کمیته مقررات‌گذاری و نظارت بانکی با پیشنهاد مدیر موقت مبنی بر ادغام بانک در حال‌گزیر در یک بانک دیگر موافقت کند، مدیر موقت باید بلافاصله فرایند ادغام را آغاز نموده و کلیه دارایی‌ها و بدهی‌های بانک در حال‌گزیر را به آن بانک منتقل نماید. پس از پایان عملیات ادغام و اعلام رسمی آن توسط سازمان، موجودیت بانک در حال‌گزیر برای همیشه پایان‌یافته تلقی شده و کلیه تعهدات آن از جمله بازپرداخت سپرده‌ها، به بانک پذیرنده ادغام منتقل می‌شود. تبصره: مدیر موقت موظف است نسخه الکترونیکی کلیه دفاتر و سایر اسناد و مدارک بانک ادغام‌شده را به سازمان تحویل دهد. بانک پذیرنده ادغام موظف است دفاتر و سایر اسناد و مدارک بانک ادغام‌شده را به مدت ده سال نگهداری نماید».

۲. در خصوص ادغام بانک‌ها و اصلاح ماده ۱۵۱، پیشنهاداتی در شماره ۶ مقاله ارائه شده است.

در فصل هفدهم و ذیل عنوان ورشکستگی مطرح شده است. این امر حاکی از آن است که ادغام پس از ورشکستگی انجام می‌شود که به نظر می‌رسد صحیح نبوده و بهتر است این ابزار قبل از صدور حکم ورشکستگی و خدشه‌دار شدن نام بانک، مورد استفاده قرار گیرد. از طرفی، از آنجا که ادغام مستلزم تصویب مجمع عمومی فوق‌العاده است، این پرسش مطرح می‌گردد که آیا مدیر موقت به عنوان مجمع عمومی فوق‌العاده، اتخاذ تصمیم می‌نماید؟ ماده ۱۵۱ طرح در این خصوص ساکت است. ظاهراً مجمع فوق در این خصوص اختیاری ندارد.

### ۳. نجات از بیرون؛<sup>۱</sup> احکام زکات

در صورتی که ابزارهای مذکور کارایی لازم را نداشته باشد، آخرین مرحله جهت جلوگیری از ورشکستگی بانک، ابزار «نجات از بیرون» است که در مقابل «نجات از درون»، قرار دارد. در این ابزار، روی کمک مالی دولت یا مؤدیان مالیاتی حساب می‌شود (García-Olalla & Clifton, 2018: 39). به عبارت دیگر، نجات از بیرون زمانی به وقوع می‌پیوندد که مقامات بانکی به مسئولان دولتی متذکر شوند که باید تصمیم‌آنی بر استفاده از این ابزار اتخاذ شود. در واقع، مهم‌ترین عاملی که دولت‌ها را به سمت استفاده از این ابزار سوق می‌دهد، ترس از مراجعه سپرده‌گذاران برای برداشت سپرده‌های خود یا توسل آنان به دستگاه قضایی است. در بند ۱۰ ماده ۱۴۶ طرح جامع می‌خوانیم: «تأمین مالی مشروط توسط بانک مرکزی در صورت حصول اطمینان از امکان بازپرداخت به موقع آن».

با مذاقه در بند مذکور، اشکالاتی در آن مشاهده می‌شود؛ اولاً هیچ سازوکاری برای حصول اطمینان از امکان بازپرداخت وجود نداشته و شاخص اطمینانی نیز تعیین نشده است. بر خلاف ماده ۶۶ طرح جامع که بانک مرکزی مجاز به اعطای هر گونه تسهیلات بدون اخذ وثیقه نیست، لکن در بند ۱۰ ماده ۱۴۶ هیچ اشاره‌ای به وثیقه نشده و این امر مبهم مانده است. پیشنهاد می‌شود جهت تعیین شاخص اطمینانی، این امر به

1. Bail out.

آیین‌نامه اجرایی محول شود. ثانیاً با توجه به اطلاق بند فوق، بذل و بخشش شامل مؤسسات غیر مجاز نیز می‌شود که از این حیث قابل انتقاد است. ثالثاً هرچند به نظر می‌رسد تدوین کنندگان طرح جامع تمایل بیشتری به نجات از درون دارند، مع ذلک احکام «نجات از درون» و «نجات از بیرون» خلط شده است که این امر موجب درهم ریختن اصول و قواعد و سرگردانی قضات خواهد شد؛ زیرا بندهای ۹ و ۱۰ ماده ۱۴۶ طرح جامع، سنخیتی با یکدیگر ندارند، چه اینکه بند ۱۰ حاکی از ابزار نجات از بیرون است، حال آنکه بندهای ۶ و ۹ در مقام بیان نجات از درون هستند. به عبارت دیگر، زمانی نجات از بیرون مطرح می‌شود که امکان اعمال نجات از درون ممکن نباشد و نباید تمام ابزارها در یک سطح مطرح شود.<sup>۱</sup>

همان‌طور که گذشت، در فقه از طلبکاران ورشکسته و همچنین از شخص ورشکسته حمایت‌هایی صورت گرفته است تا شخص پس از ورشکستگی بتواند مجدداً تجارت خود را شروع نماید؛ برای نمونه «ورشکسته» از «اصناف زکات» محسوب می‌شود (ر.ک: توبه/ ۶۰): «والغارمون، وهم المدینون فی غیر معصیه» (عاملی جبعی، ۱۳۳۶: ۲۲۲). به نظر می‌رسد اولاً احکام زکات در خصوص حل و فصل مالی بانک‌ها نیز کارایی لازم را داشته باشد. ثانیاً این امر می‌تواند تا حدودی مشکلات «نجات از بیرون» را نیز مرتفع نماید؛ زیرا اشکال اصلی نجات از بیرون آن است که بر منابع مالیات‌دهندگان تکیه می‌کند. این امر (استفاده از منابع عمومی) هرچند ممکن است در خصوص بانک‌های دولتی توجیه اندکی داشته باشد، ولی در خصوص بانک‌های خصوصی و همچنین مؤسسات غیر مجاز پذیرفتنی نیست.<sup>۲</sup> با وجود این، ممکن است اشکالاتی هم مطرح

۱. ماده ۱۴۶- اختیارات سازمان برای بازسازی مؤسسات اعتباری در حال توقف به شرح زیر است: ...  
۹- تبدیل تمام یا بخشی از بدهی‌های غیر سپرده‌ای به سهام مطابق مصوبه کمیته مقررات‌گذاری و نظارت بانکی یا طبق قرارداد مربوط؛ ۱۰- تأمین مالی مشروط توسط بانک مرکزی در صورت حصول اطمینان از امکان بازپرداخت به موقع آن.

۲. شایان ذکر است که نهاد وقف نیز سازوکاری است که با سوق دادن مسیر آن در جامعه به سمت حمایت مفید و سازنده از بدهکاران می‌توان در عین حمایت از تجار و فعالیت اقتصادی برای کمک به جامعه، امنیت اقتصادی جامعه را تضمین نمود و از طرفی با این حمایت، سلامت و امنیت اقتصادی جامعه را حفظ نمود؛ چه اینکه یکی از مصارف وقف در کمک به بدهکاران است که در فقه امامیه مورد پذیرش قرار گرفته است (روشن و امیرحسینی، ۱۳۹۶: ۹۳-۹۶).



شود که باید به هریک پاسخ دهیم؛ اولاً ممکن است توهم شود که گفته اخیر با فلسفه گزیر مبنیت دارد.<sup>۱</sup> در پاسخ باید گفت که زکات جزء بیت‌المال محسوب نمی‌شود. ثانیاً علی‌رغم تصریح ماده ۵۸۴ ق.ت.، ممکن است اشکال شود که پرداخت زکات به دلیل «خصیصه عبادی» آن، از اموری است که بالطبع مختص اشخاص حقیقی است. رفع این تردید نیز دشوار نیست؛ زیرا همان طور که گفته شده است، زکات در قانون مالیات‌های مستقیم و غیر مستقیم، از هزینه‌های مقبوله است و فرد می‌تواند با ارائه رسید پرداخت آن، از مالیات‌های خود بکاهد. لذا جنبه آن به امور عبادی محدود نمی‌شود (روشن و امیرحسینی، ۱۳۹۶: ۹۵). ثالثاً همان طور که در عبارت فقها، پرداخت زکات به غارمین به صورت مطلق نیامده است، می‌توان بانک‌هایی را که ملتزم به عقود شرعی نبوده یا مقررات قانونی را رعایت نکرده‌اند یا به صورت غیر مجاز تأسیس شده و النهایه در آستانه ورشکستگی قرار گرفته‌اند، از شمول آن خارج نمود. به عبارت دیگر، بانک‌ها باید مقررات قانونی را رعایت کرده و غیر معصیه باشند. همان طور که گفته شده است، حتی می‌توان این امر را به صورت اصلاح در قانون زکات ۱۳۹۰ لحاظ نمود؛ بدین معنا که نهادهایی که متولی دریافت زکات هستند، موظف باشند سالانه یک‌هشتم مبالغ دریافتی را به پیشگیری از ورشکستگی بانک‌ها اختصاص دهند (همان).

#### ۴. ورشکستگی

به لحاظ سنتی، «ورشکستگی عادی بانک‌ها» نیز به عنوان یکی از ابزارهای «حل و فصل» تلقی می‌شود. لکن در رویکردهای بعدی، این اعتقاد به وجود آمده است که ورشکستگی نباید به عنوان یک ابزار مطرح شود، بلکه در حل و فصل مالی بانک‌ها باید از ورشکستگی به عنوان آخرین حربه استفاده شود (Ognjenovic, 2017: 248). به عبارت دیگر، ورشکستگی بانک با توجه به آثار مخربی که دارد، باید هنگامی اجرا شود که با هیچ یک از ابزارها، امکان ترمیم بانک و بازگشت به حالت عادی وجود نداشته نباشد.

۱. در نظام گزیر همواره تلاش می‌شود تا بر منابع عمومی (بیت‌المال) تکیه زده نشود.

باید دانست که اعمال «نظام حل و فصل مالی»، ممکن است طلبکاران را در موقعیت بدتری قرار دهد؛ یعنی اگر نظام عادی ورشکستگی در مورد مطالبات آنان اعمال می‌شد، ممکن بود ضرر کمتری را متحمل گردند. این در حالی است که «عدل و انصاف در نظام ورشکستگی» همواره مورد توجه قانون‌گذاران و دادرسان بوده است. ماده ۵۷۱ ق.ت. مقرر داشته است:

«... محکمه اوضاع و احوال را سنجیده، به طوری که مقتضی عدل و انصاف بداند، حکم می‌دهد...».

در سایر نظام‌های حقوقی از جمله ماده ۶۰ بانکداری ۲۰۰۹ انگلیس نیز همین شرط تحت عنوان قاعده «عدم تضرر بیش از اعمال نظام عادی ورشکستگی» محترم شمرده شده است. در واقع، باید به این پرسش پاسخ داده شود که اگر طلبکاران بدون کمک‌های دولتی، وارد «فرایند عادی ورشکستگی» می‌شدند، آیا ضرر کمتری متحمل می‌شدند یا خیر؟ در این باره، طرح جامع ساکت است. این سکوت با وعده‌ای که نویسندگان آن در ماده ۲، یعنی «استقرار نظام پولی و اعتباری بر مبنای حق و عدل و منطبق با ضوابط اسلامی» داده‌اند، مابینت دارد. در این باره پیشنهاد می‌شود ماده‌ای به طرح جامع بدین مضمون افزوده شود: «در صورت اعمال فرایند گزیر یا هر اقدام احتیاطی دیگر، نباید به سپرده‌گذاران و بستانکاران ضرری وارد گردد که ممکن بود در صورت اعمال مقررات عادی ورشکستگی، ضرری کمتر از آن وارد می‌شد».

#### ۴-۱. تصفیه بانک ورشکسته

یکی از مسائل مهم در ارتباط با ورشکستگی بانک‌ها، تصفیه آن‌هاست؛ زیرا باید برخی اقدامات قانونی صورت گیرد، مثلاً باید دیون هم‌سطح شوند. بدین معنا که خسارات تأخیر تأدیه حذف شده و برای دیون مؤجل نیز کسر مبلغ صورت گیرد (میرشکاری و صمدی، ۱۳۹۶: ۷۰۳). در نظام حقوقی کنونی، طبقه‌بندی بستانکاران بانک ورشکسته، برابر ماده ۵۸ قانون تصفیه امور ورشکستگی ۱۳۱۸ ناظر به بند ب ماده ۴۱ قانون پولی و بانکی<sup>۱</sup> انجام می‌شود.

۱. «ب- تصفیه امور بانک ورشکسته با اداره تصفیه امور ورشکستگی می‌باشد».

با وجود این، در ماده ۱۵۸ طرح جامع<sup>۱</sup> احکام متفاوتی پیش‌بینی شده است که از جهات مختلف دارای اشکال بوده و قابل انتقاد است؛ زیرا اولاً طبقه‌بندی بستانکاران مختص بانک ورشکسته است، در حالی که ماده مرقوم، طبقه‌بندی را به بانک‌های منحل نیز تسری داده است. بدیهی است که وضعیت بانک منحل از دو فرض خارج نیست؛ یا دیون بانک، کفاف بدهی‌ها را می‌دهد که در این صورت، نوبت به اعمال مقررات ورشکستگی و رعایت طبقه‌بندی نمی‌رسد، یا دارایی کفاف دیون را نمی‌دهد که باید احکام ورشکستگی اجرا گردد. ثانیاً بند ۲ ماده مذکور، برای مطلق حقوق و مزایای کارکنان بانک قائل به اولویت شده است، در حالی که به نظر می‌رسد اگر تنها حقوق یک سال قبل از تاریخ توقف به کارکنان پرداخت گردد، مناسب به حال بانک ورشکسته است. البته این نکته شایان ذکر است که مراد از حقوق و مزایای مذکور، حقوق، سنوات یا مطالبات معوق آن‌هاست، نه حقوقی که در دوران تصفیه به آن‌ها تعلق می‌گیرد؛ زیرا حقوق و مزایای کارکنان بانک در دوران تصفیه نیز شامل طبقه اول (هزینه تصفیه) است. ثالثاً با توجه به فلسفه وجودی صندوق ضمانت سپرده و جلوگیری از ورشکستگی احتمالی آن، به نظر می‌رسد مطالبات وی باید در صدر طبقات قرار گیرد نه در طبقه سوم. رابعاً باید دانست که طبقه‌بندی بستانکاران در قانون تجارت ناقص بوده و قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی مکمل آن می‌باشد. در بند ۷ ماده مقرر گردیده است: «سایر بدهی‌ها و حقوق ممتازه وفق قانون!» اصطلاح وفق قانون مبهم بوده و برای رفع ابهام آن باید به ماده ۱۶۵ طرح<sup>۲</sup> متمسک شویم. در نتیجه، در صورت سکوت طرح جامع باید تنها به قانون تجارت رجوع کنیم که خود وابسته به

۱. «ماده ۱۵۸- در تصفیه بدهی‌ها و تعهدات بانک در حال گزیر، منحل شده یا ورشکسته، اولویت پرداخت به ترتیب طبقات زیر می‌باشد: ۱- هزینه‌های توانمندسازی یا تصفیه؛ ۲- حقوق و مزایای کارکنان بانک به استثنای اعضای هیئت مدیره و هیئت عامل بانک بابت حقوق و مزایا؛ ۳- مطالبات صندوق ضمانت سپرده‌ها بابت پرداخت سپرده‌های ضمانت شده؛ ۴- مطالبات بانک مرکزی؛ ۵- اصل سپرده‌ها به جز سپرده‌های سرمایه‌گذاری؛ ۶- اصل سپرده‌های سرمایه‌گذاری؛ ۷- سایر بدهی‌ها و حقوق ممتازه وفق قانون».
۲. ماده ۱۶۵ نیز در ادامه می‌افزاید: «امور مربوط به ورشکستگی، انحلال و تصفیه بانک‌ها، تابع احکام مقرر در این قانون بوده و از شمول قانون تجارت و اصلاحیه‌های بعدی آن، قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی و سایر قوانین مغایر مستثنا می‌باشد. احکام ورشکستگی بانک‌ها در مواردی که در این قانون معین نشده است، تابع قانون تجارت است.»

قانون دیگری است. پیشنهاد می‌شود ماده ۱۵۸ طرح به نحوی تنظیم شود که طبقه‌بندی بر اساس قانون تصفیه امور ورشکستگی باشد.

### نتیجه‌گیری

علی‌رغم اینکه در کشور ما، حل و فصل مالی بانک‌ها معطوف به نجات از بیرون است، یافته‌ها نشان می‌دهد که برای جلوگیری از آسیب نظام بانکی نباید بر منابع عمومی تکیه بزنیم، و دیدیم که چگونه می‌توان از برخی نهادهای اسلامی مانند زکات استفاده کرد و منابع عمومی را حفظ نمود. همچنین قانون‌گذار می‌تواند با تغییر ملاک در تعیین تاریخ توقف بانک‌ها و ارائه برخی ابزارها، شرایطی فراهم نماید تا بانک‌ها بتوانند قبل از رسیدن به مرحله توقف، مشکلات مالی خود را مرتفع نموده و از ورشکستگی آن‌ها پیشگیری شود. پس از توقف احتمالی نیز می‌توان آن‌ها را بازسازی نمود. لکن بازسازی بانک‌ها باید قبل از اعلام ورشکستگی و خدشه‌دار شدن اعتبار بانک و اثرات مخرب آن صورت گیرد نه پس از آن. مطالعات صورت گرفته ضرورت نیاز به نظام حل و فصل مالی را نشان می‌دهد تا با اعمال ابزارهای متنوعی از جمله نجات از درون و تأسیس بانک واسط، نظام بانکی سقوط نکند. قانون‌گذار ما نیز به این احساس پاسخ داده و «طرح جامع بانکداری جمهوری اسلامی ایران» را تدوین نموده است. همچنین پس از ورشکستگی نیز تصفیه بانک‌ها و طبقه‌بندی بستانکاران آن‌ها حائز اهمیت است. لکن این امر، مختص بانک‌های ورشکسته می‌باشد، نه بانک‌های در حال بازسازی یا گزیر؛ زیرا در موارد اخیر، فرض بر این است که دیون بانک از دارایی وی بیشتر نبوده و منطقاً نیز نوبت به اعمال مقررات ورشکستگی نمی‌رسد. از سوی دیگر، اگر ادغام بانک‌ها را نیز از ابزارهای حل و فصل بدانیم، باید چالش‌های پیش روی آن، از جمله حقوق قانونی طلبکاران و سهامداران و نحوه برخورد با مخالفت احتمالی آنان را به صورت شفاف مرتفع نماییم. در این زمینه سعی نمودیم پیشنهاداتی را ارائه نماییم که می‌تواند ابهامات طرح جامع را مرتفع ساخته و در اصلاحات قانون تجارت نیز مورد استفاده قرار گیرد. همچنین انحلال بانک‌ها و نحوه انتقال دارایی‌ها و تعهدات آن‌ها به بانک انتقالی یا شرکت‌های مدیریت دارایی باید مورد توجه قرار گرفته

و در خصوص انتقال با حق بازگشت یا بدون آن، تعیین تکلیف شود. در طرح جامع، انحلال بانک‌ها از شمول قانون تجارت خارج شده است. ولی حکم خاصی در این باب تبیین نشده و در صورت لزوم، دادرس باید به قانون مدنی رجوع نماید. برای رفع این نقیصه باید احکام خاص انحلال بانک‌ها در طرح جامع پیش‌بینی شود. نهایتاً در صورت استفاده از ابزارهای حل و فصل یا اقدام احتیاطی دیگر نیز همواره باید به این نکته توجه نمود که نباید به سپرده‌گذاران و بستانکاران ضرری وارد گردد که ممکن بود در صورت اعمال مقررات عادی ورشکستگی، ضرری کمتر از آن وارد می‌شد.

### پیشنهاد ادغام بانک‌ها

ماده ۱- ادغام بانک‌ها به دو صورت یک‌جانبه و دو یا چندجانبه بدون نیاز به تصفیه و با رعایت شرایط و تشریفات مقرر در این قانون مجاز می‌باشد.

ماده ۲- ادغام یک‌جانبه از طریق جذب یک یا چند بانک با محو شخصیت حقوقی (به عنوان بانک یا بانک‌های ادغام‌شونده)، در بانک موجود با حفظ شخصیت حقوقی (با عنوان بانک پذیرنده ادغام) انجام شده، و ادغام دو (یا چند) جانبه از طریق ادغام دو یا چند بانک ادغام‌شونده با محو شخصیت حقوقی آن‌ها و ایجاد بانک جدید صورت می‌پذیرد.

ماده ۳- سهامداران بانک‌های موضوع ادغام، به ازاء سهام خود که مشمول ادغام می‌باشند، سهام بانک پذیرنده ادغام یا بانک جدید را دریافت می‌دارند.

ماده ۴- برای تحقق ادغام، هیئت مدیره بانک‌های طرف ادغام، طرح مشترک ادغام را تهیه و تصویب می‌کنند. اساسنامه بانک می‌تواند تصویب طرح مشترک ادغام را منوط به موافقت کلی مجمع عمومی فوق‌العاده کند. در صورت تصویب، هیئت مدیره بانک پیشنهاددهنده، طرح مشترک ادغام را به همراه گزارش توجیهی و آخرین ترازنامه و صورت‌بدهی‌ها و مطالبات و گزارش حسابرسی برای کمیته مقررات‌گذاری و نظارت بانکی ارسال می‌کند.

ماده ۵- ادغام بانک‌ها باید با رعایت شرایط زیر باشد: ۱. وضعیت بانک‌های طرف ادغام مناسب یا قابل قبول باشد؛ ۲. ادغام موجب ایجاد تمرکز و بروز قدرت انحصاری نشود؛ ۳. مقررات قانونی در طرح مشترک ادغام رعایت شده باشد.

ماده ۶- کمیته مقررات گذاری و نظارت بانکی ظرف یک ماه، نظر خود دال بر تأیید یا رد طرح مشترک ادغام را اعلام می‌کند. در صورت تأیید طرح مشترک ادغام توسط کمیته فوق، طرح مذکور به همراه گزارش بازرس و گزارش توجیهی مالی و اقتصادی به وسیله هیئت مدیره به مجمع عمومی فوق‌العاده مشترک بانک‌ها جهت تصویب ارائه می‌گردد.

ماده ۷- پس از تصویب ادغام در مجمع عمومی فوق‌العاده مشترک و ثبت ادغام در مرجع ثبت بانک‌ها، بانک‌های ادغام‌شونده منحل، و تمامی دارایی‌ها، حقوق، تعهدات، دیون و مطالبات بانک‌های موضوع ادغام، به بانک پذیرنده و یا بانک جدید منتقل خواهد شد و شرکت ادغام‌پذیر یا جدید از هر حیث قائم‌مقام شرکت‌های ادغام‌شونده می‌گردد.

تبصره: با ارائه گواهی ثبت ادغام، مراجع ذی‌ربط از جمله سازمان ثبت اسناد و املاک کشور موظف‌اند نسبت به اصلاح اسناد و مدارک مربوط به نام بانک پذیرنده ادغام یا بانک جدید اقدام کنند.

ماده ۸- ادغام بانک در حال بحران یا دارای حکم ورشکستگی، مجاز نیست.

ماده ۹- در خصوص بانکی که در وضعیت نامناسب یا در معرض خطر باشد، چنانچه به تشخیص کمیته مقررات گذاری و نظارت، ادغام بانک مذکور در بانک دیگر که در وضعیت مناسب است، ضروری بوده و به نفع نظام بانکداری یا منفعت سپرده‌گذاران باشد، کمیته فوق می‌تواند با تهیه طرح مشترک ادغام، نسبت به ادغام بانک مذکور در یک بانک داوطلب اقدام کند. در صورت عدم وجود بانک داوطلب، کمیته فوق می‌تواند ضمن تهیه طرح مشترک ادغام، پیشنهاد ادغام بانک مذکور را در یک بانک دولتی به سازمان ارائه دهد. در صورت تصویب طرح مشترک توسط سازمان، ادغام بر اساس آن محقق می‌شود و شرکت‌های طرف ادغام ملزم به آن خواهند بود.

ماده ۱۰- مؤسسات اعتباری با رعایت مقررات این قانون می‌توانند در هم ادغام شوند.

ماده ۱۱- سایر ضوابط و تشریفات ادغام بانک‌ها و مؤسسات اعتباری از قبیل مندرجات طرح مشترک ادغام، نحوه انتقال و ثبت دارایی، رسیدگی به اعتراض سهامداران، سپرده‌گذاران و سایر طلبکاران، ضوابط جلوگیری از تمرکز و قدرت انحصاری آن‌ها و وضعیت کارکنان، به موجب آیین‌نامه اجرایی است که توسط کمیته مقررات گذاری و نظارت بانکی تهیه و پس از تأیید سازمان به تصویب هیئت وزیران می‌رسد.

## کتاب‌شناسی

۱. امینی، علیرضا، و سیدمحمدرضا آیتی، *تحریر الروضه فی شرح اللمعه*، مقدمه ابوالقاسم گرجی، تهران، سمت و کتاب طه، ۱۳۹۰ ش.
۲. حسینی مراغی، سید میرعبدالفتاح بن علی، *العناوین الفقهیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۳. خراطها، محمدطه، *بایسته‌های حقوقی حل و فصل مالی بانک‌ها و مؤسسات اعتباری در حقوق ایران و کامن‌لا*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۷ ش.
۴. رحیمی، نسرین، *بررسی فقهی ورشکستگی*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه قم، ۱۳۷۷ ش.
۵. رضوی، سیدعلی، سیدمحمد رضوی، و محمدرضا پاسبان، «ماهیت حقوقی ادغام شرکت‌های تجاری؛ مطالعه تطبیقی در فقه امامیه، حقوق ایران و مصر»، *آموزه‌های فقه مدنی*، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، دوره یازدهم، شماره ۱۹، بهار و تابستان ۱۳۹۸ ش.
۶. روشن، محمد و امین امیرحسینی، «پیشگیری از وقوع ورشکستگی در نظام حقوقی ایران و جایگاه آن در فقه امامیه با نگاهی به حقوق فرانسه»، *فقه و مبانی حقوق اسلامی (مقالات و بررسی‌ها)*، دوره پنجاهم، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۶ ش.
۷. شریف‌زاده، محمدجواد، «نقد نظام توقف و ورشکستگی بانکی در ایران و ضرورت سنجی جایگزینی آن با نظام گزیر (Resolution) برای مقاوم‌سازی بخش مالی در کشور»، *پژوهش‌نامه انتقادی متون و برنامه‌های علوم انسانی*، پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، سال هفدهم، شماره ۹ (پیاپی ۵۲)، اسفند ۱۳۹۶ ش.
۸. شهرستانی، حمید، و صغری قبادی، «تأثیر ادغام بر کارایی بانک‌ها در ایران»، *نشریه اقتصاد مالی (اقتصاد مالی و توسعه)*، دوره دوم، شماره ۵، زمستان ۱۳۸۷ ش.
۹. شیروانی، علی، و محمدمسعود عباسی، *ترجمه و تبیین شرح اللمعه*، قم، دار العلم، ۱۳۹۱ ش.
۱۰. طباطبایی‌نژاد، سیدمحمد، «کاستی‌های نظام ورشکستگی بانک‌ها در ایران»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره چهل و پنجم، شماره ۱، بهار ۱۳۹۴ ش.
۱۱. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی بن احمد، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، قم، شارع العلم، ۱۴۳۰ ق.
۱۲. عیسی‌زاده، سعید، و مریم مظهري آوا، «اثر کارایی مدیریتی در کاهش هزینه‌ها بعد از ادغام بانک‌ها در ایران»، *مطالعات اقتصادی کاربردی ایران*، دوره ششم، شماره ۲۱، بهار ۱۳۹۶ ش.
۱۳. محقق حلّی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، کتاب التجاره، بیروت، دار الاضواء، ۱۳۹۲ ق.
۱۴. میرشکاری، عباس، و افروز صمدی، «تصفیه ویژه»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی (حقوق سابق)*، سال چهل و هفتم، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۶ ش.
۱۵. نوری یوشانلوئی، جعفر، و سعیده‌سادات باقری، «تأثیر پیشگیری از ورشکستگی بانک‌ها بر تصفیه آن‌ها»، *فصلنامه تصفیه*، شماره‌های ۴-۳، تابستان و پاییز ۱۳۹۷ ش.
16. Ambrasas, Tomas, *Bank Resolution Regime: Balancing Private and Public Interests*, Doctoral Dissertation, Vilnius, Basel, 2015.
17. Avci, S. Burcu & Cindy A. Schipani & H. Nejat Seyhun, "Eliminating Conflicts of

- Interests in Banks: The Significance of the Volcker Rule”, *Yale Journal on Regulation*, Vol. 35(2), 2018.
18. Castañeda, Juan E. & David G. Mayes & Geoffrey Wood (Eds.), *European Banking Union: Prospects and Challenges*, Abingdon, Routledge, 2016.
  19. Dato, Akber, *Legal Data for Banking: Business Optimisation and Regulatory Compliance*, John Wiley & Sons, 2019.
  20. EU, Directive 2014/59/EU of 15 May 2014 establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms, 2014.
  21. FDIC (Federal Deposit Insurance Corporation), *Resolutions Handbook*, 2014.
  22. García-Olalla, Myriam & Judith Clifton (Eds.), *Contemporary Issues in Banking: Regulation, Governance and Performance*, Springer, 2018.
  23. Haentjens, Matthias, & Bob Wessels (Eds.), *Research Handbook on Crisis Management in the Banking Sector*, Edward Elgar Publishing, 2015.
  24. OECD, *OECD Economic Surveys*, OECD Publishing, Spain, 2012.
  25. Ognjenovic, Djurdjica, *Deposit Insurance Schemes: Funding, Policy and Operational Challenges*, Springer, 2017.
  26. Parker, David C., *Closing a Failed Bank: Resolution Practices and Procedures*, International Monetary Fund, 2011.





# اصل قابل استناد در موارد شک در امری یا تکمیلی بودن قاعده حقوقی با مطالعه تطبیقی در نظام حقوقی مصر\*

- بیژن حاجی عزیزی<sup>۱</sup>
- حامد خسروی<sup>۲</sup>
- یاسر خسروی<sup>۳</sup>

## چکیده

در دکتین حقوقی، معیارهای متعددی برای تمیز قواعد امری از قواعد تکمیلی ارائه شده است. با وجود این، گاهی ممکن است در ماهیت پاره‌ای از قواعد حقوقی به لحاظ امری یا تکمیلی بودن، شک و تردید به وجود آید که همین امر موجب طرح چند سؤال مهم در این زمینه می‌شود؛ از جمله: در نظام حقوقی ایران اصل قابل استناد در این موارد چیست؟ آیا با استناد به ماده ۱۰ ق.م. می‌توان گفت که اصل بر تکمیلی بودن قواعد حقوقی است؟ در پاسخ به سؤالات مذکور، بین حقوق دانان اختلاف نظر وجود دارد. برخی با توجه به قاعده

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۷/۱۳ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۲/۳.

۱. دانشیار دانشگاه بوعلی سینا همدان (haji598@basu.ac.ir).

۲. کارشناس ارشد حقوق خصوصی (نویسنده مسئول) (hamed3564@yahoo.com).

۳. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی (yaserhkh66@yahoo.com).

اصالة الاطلاق، امری بودن قواعد حقوقی را اصل دانسته‌اند. برخی با توجه به ماده ۱۰ ق.م.ا. مینا را بر تکمیلی بودن قرار داده‌اند، عده‌ای نظریه نسبی بودن را برگزیده، معتقدند که در این خصوص باید به جای کلی‌گرایی، به تجربه روی آورد و از استقراء در احکام قانون دریافت که قانون‌گذار در هر مورد، چه اصلی را برقرار کرده است. گروهی نیز نظر قاضی را مناط اعتبار قرار داده‌اند. در حقوق مصر نیز در این زمینه دو ضابطه اصلی وجود دارد. نخست توجه به لحن مواد قانونی است. دوم تکیه بر مفهوم نظم عمومی و اخلاق حسنه، که تمیز قاضی در این خصوص ضابطه نهایی است. آنچه از مطالعه و بررسی منابع فقهی و حقوقی و مقررات قانون مدنی در این زمینه به دست می‌آید این است که در نظام حقوقی ایران، اصل بر تکمیلی بودن قواعد حقوقی است و امری بودن قواعد حقوقی، امری استثنایی و خلاف قاعده است. مستند این ادعا علاوه بر ماده ۱۰ ق.م.ا. مبنای حقوق بشر و اصل صحت مندرج در ماده ۲۲۳ ق.م.ا. می‌باشد.

**واژگان کلیدی:** قاعده امری، قاعده تکمیلی، نظم عمومی، ماده ۱۰ قانون مدنی.

### مقدمه

در نظام کنونی حقوق ایران، اصل آزادی در انعقاد قراردادها به موجب ماده ۱۰ ق.م.ا. به عنوان یک راهکار مفید حقوقی که مبنای واقعی آن ملاحظه‌های اجتماعی و مصلحت‌اندیشی اقتصادی می‌باشد، مورد پذیرش قرار گرفته است. اگرچه این اصل در فقه امامیه نیز جایگاه دارد و بسیاری از فقها امامیه در مبحث شرط و تحت تأثیر آیات و قواعدی نظیر «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» بدان توجه داشته‌اند، ولیکن به لحاظ حقوقی، این اصل نتیجه منطقی رویکرد جهان غرب به نظریه اصالت فرد در قرون ۱۷ و ۱۸ میلادی است. آنچه در این رویکرد پراهمیت جلوه می‌کند، تأمین آزادی فرد و احترام به شخصیت و اراده و حقوق طبیعی اوست. از نظر حقوقی، این رویکرد در صدد بیان این است که «دامنه اجرای قوانین باید تا حد ممکن محدود شود. از نظر اصول هر قانونی بد است؛ زیرا موضوع آن محدود ساختن آزادی و حقوق فردی است. هدف اصلی باید این باشد که به تدریج از قلمرو اجرای قانون کاسته شود و دامنه فعالیت‌های فردی گسترش یابد. اراده فرد، روح قواعد حقوقی است و قرارداد

مبنای تمام سازمان‌ها و راه حل‌های حقوقی است» (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۴۵۳/۱). با وجود این، در حقوق کنونی، اصل آزادی قراردادی به صورت مطلق پذیرفته نشده و این اصل به وسیله چند عامل مهم محدود شده است. عدم مخالفت صریح با قانون، یکی از عوامل محدودکننده اصل مذکور است. ماده ۱۰ ق.م. در این زمینه مقرر می‌دارد:

«قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که خلاف صریح قانون نباشد، نافذ است».

با توجه به مراتب فوق، در اینجا دو موضوع مهم مطرح است که باید بدان پرداخته شود:

**موضوع اول:** تمیز قواعد امری از قواعد تکمیلی است؛ زیرا بی‌تردید آنچه که اشخاص به موجب ماده ۱۰ ق.م. از آن منع شده‌اند، توافق بر خلاف قواعد امری است نه قواعد تکمیلی.

**موضوع دوم:** اصل قابل استناد به هنگام شک در امری یا تکمیلی بودن قواعد حقوقی است؛ زیرا به طور کلی برخی از قواعد حقوقی وجود دارند که ماهیت آن‌ها به لحاظ امری یا تکمیلی بودن، محل شک و تردید قرار گرفته است و همین امر سبب طرح چند سؤال مهم در این زمینه می‌شود؛ از جمله: در نظام حقوقی ایران اصل قابل استناد در این موارد چیست؟ آیا با استناد به ماده ۱۰ ق.م. و اصل آزادی قراردادی می‌توان گفت که در این موارد، اصل بر تکمیلی بودن قواعد حقوقی است؟

با کمی دقت نظر می‌توان دریافت که پاسخ به این مسائل، مخصوصاً از لحاظ صحت یا بطلان قراردادهایی که بر خلاف این قواعد منعقد می‌شوند، بسیار حائز اهمیت است.

با توجه به مراتب فوق، در تحقیق حاضر سعی شده است ضمن مطالعه تطبیقی با نظام حقوقی کشور مصر، ابتدا به تعریف قاعده حقوقی و انواع آن یعنی قواعد امری و تکمیلی پرداخته شود تا در ضمن آن، معیارهای تمیز این قواعد از یکدیگر روشن شود و در ادامه به بررسی وضعیت شک در امری یا تکمیلی بودن قواعد حقوقی پرداخته شده که به عنوان مقدمه، مطالعه پیشینه فقهی امر در این زمینه، ضرورتی انکارناپذیر است.

## ۱. تعریف قاعده حقوقی و اقسام آن

### ۱-۱. تعریف قاعده حقوقی

قاعده حقوقی در منابع و مآخذ در دو معنا به کار رفته است. در یک معنا گفته شده است:

- «قاعده حقوقی عبارت از قضیه‌ای است که موضوع حکم در آن کلی می‌باشد» (امامی، ۱۳۸۸: ۷/۲).

- «قاعده حقوقی در حقوق جدید به حکم کلی (بدون توجه به شخص خاص یا مورد خاص) که قابل انطباق بر موارد و نمونه‌های مختلف باشد، گفته می‌شود. فرق نمی‌کند که ضمن یک قانون بیان شده باشد، مانند ماده ۳۰ ق.م. یا علماء حقوق آن را بیان کرده باشند یا از بدیهیات عقلی یا عرفی باشد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳: ۵۱۵).

اما در معنای دیگر گفته شده است:

«[قاعده حقوقی] قاعده‌ای الزام‌آور است که به منظور ایجاد نظم و استقرار عدالت، بر زندگی اجتماعی انسان حکومت می‌کند و اجرای آن از طرف دولت تضمین می‌شود» (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۵۹).

همان‌طور که گفته شده است، در این معنا قاعده حقوقی قلمرو گسترده‌تری پیدا می‌کند؛ به نحوی که هم شامل احکامی می‌شود که به طور مستقیم ناظر به کار و رفتار معین است، مانند لزوم پرداخت نفقه از طرف شوهر یا کیفر زندان برای کلاهبردار، و هم شامل اصولی که از تألیف و ترکیب احکام جزئی فراهم آمده یا از طرف قانون‌گذار به عنوان اصلی راهنما و الهام‌بخش صادر شده است و بی‌واسطه به کار معین تعلق نمی‌یابد، مانند قاعده لاضرر و حاکمیت اراده و آزادی قراردادها (همو، ۱۳۹۳: ۳۶/۱). در حقوق مصر در تعریف قاعده قانونی گفته شده است که قاعده قانونی عبارت است از مجموعه قواعدی الزامی که تنظیم‌کننده روابط افراد در اجتماع است و رعایت و احترام به آن‌ها توسط اشخاص از سوی دولت تضمین شده است (قاسم، ۲۰۰۶: ۳۳/۱؛ سعد و منصور، ۱۹۹۵: ۱۷).

آنچه در تحقیق حاضر مورد بحث و بررسی قرار گرفته است، قاعده حقوقی به معنای حکمی است که به طور مستقیم ناظر به کار و رفتار معین می‌باشد؛ مانند لزوم پرداخت نفقه از طرف شوهر یا تکلیف پدر و مادر نسبت به نگهداری فرزند خود.

## ۲-۱. انواع قاعده حقوقی

قاعده حقوقی بر اساس معیارهای متفاوت به اقسام مختلفی تقسیم شده است؛ از جمله:

### ۱-۲-۱. قاعده الزامی و قاعده اذنی (اختیاری)

قواعد حقوقی بر مبنای ظهور یا عدم ظهور الزام ناشی از آنها، به قواعد الزامی و قواعد اذنی تقسیم شده‌اند. بر این اساس در تعریف قاعده الزامی گفته شده است: «ویژگی اصلی قواعد حقوقی، الزام آور بودن آنهاست. اگر این الزام به صورت مستقیم و آشکار در قواعد حقوقی وجود داشته باشد، آن را قاعده الزامی می‌نامند» (دانش‌پژوه، ۱۳۹۱: ۱۵۱).

در مقابل به قواعدی که در ظاهر حاوی هیچ امر و نهی نبوده و الزامی برای اشخاص به وجود نمی‌آورند، قواعد اذنی یا اختیاری گفته شده است؛ مانند قوانینی که فقط مقررات گذشته را نسخ می‌کند یا انجام دادن کاری را بر اشخاص مباح می‌سازد (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۱۹۱/۲).

### ۲-۲-۱. قاعده امری و قاعده تکمیلی

قواعد حقوقی در یک تقسیم‌بندی دیگر و بر مبنای قدرت الزام، به قواعد امری یا تکمیلی تقسیم شده‌اند. در حقوق ایران در تعریف قاعده امری و تکمیلی، بین حقوق دانان اختلاف نظری وجود ندارد و از این لحاظ، موضع حقوق دانان مصری همانند حقوق دانان ایران است (همان: ۱۸۷/۲؛ سلطان، ۱۹۸۳: ۵۱؛ همچنین ر.ک: زراعت و معین، ۱۳۹۱: ۹؛ ره‌پیک، ۱۳۹۲: ۵۴؛ ساکت، ۱۳۸۷: ۳۸۳؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۶: ۳۶۵؛ قاسم، ۲۰۰۶: ۱۴۳/۱). بنابراین و به طور کلی می‌توان گفت قاعده امری به قاعده‌ای اطلاق می‌شود که متعلق به مصالح اجتماعی و منافع عمومی است و اشخاص نمی‌توانند بر خلاف آن

توافق کنند؛ مانند قواعد مربوط به حقوق اساسی و اداری و به طور کلی قواعد مربوط به نظم عمومی<sup>۱</sup> و اخلاق حسنه<sup>۲</sup> (صفایی، ۱۳۸۸: ۵۰/۲؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳: ۵۱۹). در همین ارتباط در حقوق مصر گفته شده است:

«بعضی از قواعد قانون، الزام آور است و هیچ کس نمی‌تواند آن را تغییر دهد یا با آن مخالفت کند؛ چون آن قانون مربوط به نظم عمومی است و این قواعد، قواعد آمره یا قواعد مربوط به نظم عمومی نامیده می‌شوند» (سنهوری، ۱۳۹۱: ۴۹۰/۱).

در مقابل، قواعد تکمیلی به قواعدی اطلاق می‌شود که مربوط به مصالح اشخاص می‌باشد و هدف قانون‌گذار از وضع آن‌ها، ایجاد قاعده تخلف‌ناپذیر نمی‌باشد؛ بلکه بیشتر به عنوان عامل تفسیرکننده و تکمیل‌کننده مورد توجه قرار می‌گیرند و اشخاص می‌توانند بر خلاف آن‌ها توافق کنند و در صورتی لازم‌الاجراء هستند که بر خلاف آن‌ها توافق نشده باشد (صفایی، ۱۳۸۸: ۵۰/۲). در حقوق مصر در این خصوص گفته شده است قاعده تکمیلی به قاعده‌ای اطلاق می‌شود که مربوط به نظم عمومی و مصالح عالی اجتماع نمی‌باشد، بلکه مکمل اراده متعاقدين است و در صورتی لازم‌الاجراست که افراد بر خلاف آن‌ها توافق نکرده باشند؛ مانند قواعد راجع به چگونگی تسلیم مبیع و ثمن (سعد و منصور، ۱۹۹۵: ۶۸؛ صده، بی‌تا: ۷۲).

آنچه به عنوان نکته پایانی در این خصوص قابل طرح است، استفاده از اصطلاحات متفاوت از سوی نویسندگان حقوقی برای بیان ماهیت قواعد تکمیلی است که موجب آشفتگی و بی‌نظمی است؛ از قبیل: قاعده تکمیلی، قاعده تفسیری، قاعده اختیاری و قاعده تعویضی (قاسم‌زاده، ۱۳۸۶: ۳۶۶؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳: ۹۵؛ زراعت و معین، ۱۳۹۱: ۹). نویسنده‌ای اصطلاح قاعده تکمیلی را بر سایر اصطلاحات ترجیح داده و در توجیه آن می‌گوید:

۱. در تعریف نظم عمومی گفته شده است: «قوانین مربوط به نظم عمومی قوانینی است که هدف از وضع آن‌ها، حفظ منافع عمومی باشد و تجاوز به آن، نظم را که لازمه حسن جریان امور اداری یا سیاسی و اقتصادی یا حفظ خانواده است، بر هم زند» (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۵۲).
۲. در تعریف اخلاق حسنه گفته شده است: «اخلاق حسنه عبارت است از اخلاق پسندیده اجتماعی و به تعبیری "منش و کردار محسنین و پرهیزگاران جامعه" است که بر حسب زمان و مکان متغیر است و ممکن است با اخلاق مذهبی تفاوت داشته باشد» (صفایی، ۱۳۸۸: ۵۸/۲).

«در برابر قوانین امری، اصطلاح قوانین تفسیری یا قوانین تعویضی نیز به کار رفته است؛ بدین اعتبار که قانون، اراده واقعی دو طرف پیمان را تفسیر می‌کند یا به جای آن می‌نشیند تا بر آنان حکومت کند. ولی اصطلاح قانون تکمیلی که چهره اجتماعی دارد، ترجیح داده شد: هدف واقعی تکمیل قرارداد است و قانون به اراده واقعی توجه ندارد. الزام ناشی از قوانین تکمیلی به اقتدار قانون باز می‌گردد نه حکومت اراده» (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۱۸۶/۲، پاورقی).

در حقوق مصر نیز برخی از حقوق دانان، تعبیر قاعده تکمیلی و یا قاعده تفسیری را بر این دسته از قواعد حقوقی ترجیح داده و در توجیه آن نیز این گونه استدلال کرده‌اند:

«این قواعد، قواعد تکمیلی نامیده می‌شوند؛ به خاطر آنکه آن‌ها برای تنظیم روابط افراد در حالتی وضع می‌شوند که نسبت به تنظیم مسئله‌ای از مسائلی که در مورد آن توافق کرده‌اند، غفلت کرده‌اند. به همین خاطر، این قواعد تکمیل‌کننده این توافقات هستند. همچنین این قواعد را می‌توان قواعد تفسیری نامید؛ به خاطر آنکه هنگامی که افراد بر خلاف حکم آن‌ها توافق نکرده‌اند و در این زمینه سکوت اختیار کرده‌اند، پس این سکوت بر این معنا تفسیر می‌شود که اشخاص خواسته‌اند از این حکم پیروی کنند» (قاسم، ۲۰۰۶: ۱۴۵/۱).

لیکن به نظر می‌رسد اصطلاح قاعده اختیاری برای این دسته از قواعد، مناسب‌تر از سایر تعبیرات باشد؛ زیرا در اینجا مقصود، تقسیم قاعده حقوقی بر مبنای درجه الزام یا اجبار قاعده حقوقی یا درجه قدرت اراده اشخاص در برابر آن می‌باشد و آنچه به عنوان اولین معنا از تعبیر قاعده تفسیری<sup>۱</sup> یا قاعده تکمیلی و قاعده تعویضی به ذهن متبادر می‌شود (تبادر)، برای بیان این مقصود نارساست. در حقوق مصر نیز برای بیان این قواعد، در کنار سایر اصطلاحات از تعبیر قواعد اختیاری نیز استفاده شده است<sup>۲</sup> (سنهوری، ۱۳۹۱: ۴۹۰/۱).

۱. برای مثال در تعریف قانون تفسیری گفته شده است قانونی است که به منظور رفع ابهام و یا اجمال از قانونی که قبلاً وضع، ولی در عمل با اشکالاتی مواجه شده است، تصویب می‌شود (زراعت و معین، ۱۳۹۱: ۹۶؛ امامی، ۱۳۸۸: ۲۶/۲).

۲. عین عبارت بدین مضمون است: «وهذه ما تسمى بالقواعد الاختيارية (facultatives)».

## ۲. معیارهای تمایز قواعد امری از قواعد تکمیلی

در دکترین حقوقی، جهت تمیز قواعد امری از قواعد تکمیلی معیارهایی ارائه شده که در ذیل به بیان آن‌ها پرداخته خواهد شد.

### ۱-۲. لحن مواد قانونی

لحن مواد قانونی یکی از مهم‌ترین معیارهای تمیز قواعد امری از قواعد تکمیلی است. در این زمینه گفته شده است:

«در کنار اصولی که از راه استقراء درباره امری یا تکمیلی بودن قوانین ناظر به قراردادها به دست دادیم، پاره‌ای از اماره‌ها را نیز باید نام برد که به طور خاص می‌تواند نشانه امری بودن قرار گیرد... یکی از این نشانه‌ها لحنی است که قانون‌گذار در بیان احکام خود به کار می‌برد؛ به طور مثال، آوردن واژه‌هایی مانند "باید" و "مکلف است" یا "ممنوع است" ظهور در امری بودن حکم دارد. در حالی که کلمه "می‌تواند" یا "اختیار دارد" به طور معمول برای بیان قواعد تکمیلی به کار می‌رود» (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۵۶/۱؛ حائری، ۱۳۷۰: ۹۱).

در حقوق مصر نیز لحن مواد قانونی به عنوان یکی از معیارهای تمیز قواعد امری از قواعد تکمیلی مورد توجه قرار گرفته است. سنه‌وری در این زمینه می‌گوید:

«مورد اتفاق است که بعضی از مواد قانونی به گونه‌ای وضع گردیده‌اند که از لحن آن‌ها می‌توان فهمید که قانون امری هستند یا تکمیلی» (سنه‌وری، ۱۳۹۱: ۴۹۱/۱).

### ۲-۲. توجه به موقعیت و محتوای قواعد حقوقی

یکی دیگر از معیارهای مهم تمیز قواعد امری از قواعد تکمیلی، توجه به مفاد و محتوای قواعد حقوقی است. مفاد و محتوای برخی از قواعد حقوقی، مربوط به نظم عمومی و مصالح عالی سیاسی، اقتصادی و اجتماعی است. در نتیجه، این قواعد امری هستند و توافق اشخاص بر خلاف آن‌ها جایز نمی‌باشد؛ مانند: قواعد مربوط به شرایط اساسی صحت معاملات، قواعد مربوط به حقوق خانواده و احوال شخصی، حقوق اساسی، حقوق اداری، حقوق کار، اجاره اماکن برای کسب و تجارت و حقوق جزا (صفایی، ۱۳۸۸: ۵۱/۲)؛ [در حقوق مصر: صده، بی‌تا: ۷۸ به بعد]. در مقابل، مفاد و محتوای



برخی از قواعد، در جهت تأمین مصالح شخصی افراد می‌باشد. در نتیجه، این قواعد تکمیلی هستند و توافق اشخاص بر خلاف آن‌ها جایز می‌باشد؛ مانند قواعد مربوط به معاملات و امور مالی (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۴۸؛ [در حقوق مصر: سنه‌وری، ۲۰۰۹: ۱۶۱/۱].

### ۳-۲. قواعد متضمن حمایت از حقوق اشخاص ثالث

قواعدی که متضمن حمایت از حقوق اشخاص ثالث هستند، جنبه امری دارند؛ مانند مواد ۲۲، ۴۶، ۴۸ و ۷۲ قانون ثبت مصوب ۱۳۱۰ (حائری، ۱۳۷۰: ۹۲). در این خصوص گفته شده است:

«قواعدی که هدف آن‌ها حمایت از حقوق اشخاص ثالث در برابر دو طرف عقد است، جنبه امری دارد؛ زیرا پذیرفتن امکان تراضی بر خلاف این قواعد، به منزله حکومت عقد بر حقوق کسانی است که در انعقاد آن‌ها دخالتی نداشته‌اند» (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۵۴/۱).

در حقوق مصر در این خصوص اظهار شده است:

«آن دسته از روابط معاملات مالی که مصلحت عمومی را محقق می‌سازند، از امور مربوط به نظم عمومی شمرده می‌شوند... من جمله مقررات حمایت از ثالث دارای حسن نیت می‌باشد» (سنه‌وری، ۲۰۰۹: ۴۴۷/۱).

### ۴-۲. قواعد متضمن احکام استثنایی

قواعد متضمن احکام استثنایی نیز جنبه امری دارند. بعضی از حقوق دانان در همین ارتباط می‌گویند:

«احکام استثنایی که بر خلاف قواعد کلی قراردادها وضع می‌شود و نتیجه تراضی دو طرف به شمار نمی‌آید، از قواعد امری است؛ زیرا وضع استثنایی آن‌ها نشان می‌دهد که قانون‌گذار نمی‌خواسته امکان تراضی بر خلاف آن‌ها را بپذیرد. برای مثال اگر قاعده تلف مبیع پیش از عقد، استثناء بر قاعده کلی معاوضه باشد، قاعده امری است که به حکم قانون‌گذار بر فروشنده تحمیل شده است و به همین دلیل نیز نمی‌توان بر خلاف مفاد آن توافق کرد و ضمان تلف را بر عهده خریدار قرار داد» (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۵۶/۱).

### ۳. تردید در امری یا تکمیلی بودن قواعد حقوقی

#### ۱-۳. پیشینه فقهی امر

#### ۱-۱-۳. شروط صحت شرط

شروط ضمن عقد یکی از مباحثی است که در فقه امامیه به تفصیل بدان پرداخته شده است و به لحاظ ماهوی، ارتباط بسیار نزدیکی با مباحث قاعده امری و تکمیلی دارد. توضیح آنکه در فقه امامیه، فقها برای گنجاندن شرط در ضمن عقد، شرایطی را لازم دانسته‌اند که از آن به «شروط صحت شرط» تعبیر می‌کنند. حال مسئله مهمی که در این زمینه مطرح شده این است که چنانچه برای مثال در موردی تردید شود که شرط مذکور در عقد، با کتاب و سنت یا مقتضای عقد مخالف است یا نه، آیا می‌توان به اصل صحت شرط استناد نمود و بر این اساس، شرط مشکوک‌الصحة را نافذ دانست؟ (حائری، ۱۳۷۰: ۵۴). در این زمینه بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. برخی فقها بر این عقیده‌اند که این شرط صحیح است؛ برای مثال میرزای قمی در این زمینه می‌گوید:

«به تحقیق، وفای به هر شرطی واجب است، مگر شرطی که مخالف شرع باشد... چنانچه در موافق یا مخالف بودن شرط با شرع، شک و تردید حاصل شد، اصل عدم منع شرط و وفای به آن است و مقتضای کتاب و سنت، موافق بودن اصل است» (میرزای قمی، ۱۴۲۷: ۹۲۶/۲).

در مقابل، بعضی از فقها معتقدند که در این موارد، نظر فقیه حسب مورد، مناط اعتبار است (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۴۱۵/۴). بعضی از فقها در این مسئله قائل به تفکیک شده و موضوع را به نحو دقیق‌تری مورد بحث و بررسی قرار داده‌اند و شک در صحت شرط را به شک در جعل شارع و شک در تغییر حکم شارع تقسیم کرده و موضوع را از این زاویه مورد بررسی قرار داده‌اند که در ادامه بدان پرداخته می‌شود (موسوی خویی، بی‌تا: ۳۲۷/۷).

#### ۱-۱-۱-۳. شک در جعل شارع

اگر در ضمن عقد، شرطی گنجانده شود و تردید در این باشد که در شرع بر خلاف آن حکمی وجود دارد یا نه، شک در صحت شرط، به خاطر شک در جعل شارع

مطرح می‌شود. این شک به دو صورت قابل تصور است:

نخست، شک در وجود حکم تکلیفی است که در این زمینه گفته شده است:

«به صرف احتمال وجود حکم مخالف نمی‌توان شرط را باطل دانست؛ زیرا حکم شارع مانند هر امر حادثی مسبوق‌العدم است و مادام که به وجود چنین حکمی یقین پیدا نشود، اصل براءت جاری است و شرط صحیح است» (حائری، ۱۳۷۰: ۵۷؛ موسوی خویی، بی‌تا: ۳۲۷/۷).

دوم: شک در وجود حکم وضعی است که در این زمینه اختلاف نظر وجود دارد. بعضی معتقدند که به موجب ادله عامه وفای به شرط و عقد، اصل صحت جاری است و در نتیجه شرط مورد نظر صحیح است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۱۱/۲؛ حائری، ۱۳۷۰: ۵۶). در مقابل، بعضی از فقها با استناد به اصل فساد در عقود و ایقاعات، معتقد به فساد شرط هستند (موسوی خویی، بی‌تا: ۳۲۷/۷).

### ۳-۱-۲. شک در تغییر حکم شارع به وسیله شرط

شک در کیفیت جعل شارع، ناظر به موردی است که شارع حکمی را برای موضوعی بیان کرده و ما در چگونگی جعل حکم تردید داریم؛ یعنی بر ما مجهول است که حکم به گونه‌ای وضع گردیده که در صورت حدوث عنوان طاری نظیر شرط، قابل تغییر است یا اینکه حکم به نحوی مورد جعل قرار گرفته است که حتی با شرط قابل تغییر نیست (حائری، ۱۳۷۰: ۵۷). در این زمینه بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. بعضی از فقها با توجه به عموم قاعده «المؤمنون عند شروطهم» معتقدند که در این موارد، اصل عدم مخالفت شرط با کتاب و سنت است و مرجع آن اصل عدم ثبوت حکم به نحو غیر قابل تغییر به وسیله شرط است (انصاری، ۱۴۱۵: ۳۱/۶؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱: ۲۶۱/۲). این نظر در فقه امامیه مورد مخالفت عده‌ای از فقها قرار گرفته است (نجفی خوانساری، ۱۳۷۳: ۱۰۵/۲؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۶۵/۳). از جمله سید یزدی در رد این نظر می‌گوید:

«استناد به اصل عدم مخالفت صحیح نیست؛ زیرا برای مخالفت نداشتن این شرط، حالت سابقی وجود نداشته تا این حالت استصحاب شود» (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱:

۱۱۱/۲).

در همین راستا نائینی اظهار می‌کند:

«در مصادیق مشکوک، مثل اینکه آیا شرط مخالف کتاب است یا نه؟ در این مرحله هیچ اصلی جاری نمی‌شود [منظور اصل عدم مخالفت]. در اینجا شک در نفوذ شرط وجود دارد که می‌توان گفت اصل، عدم نفوذ شرط و عدم التزام مشروط علیه به آن شرط است» (نجفی خوانساری، ۱۳۷۳: ۱۱۱/۲؛ همچنین ر.ک: لاری، ۱۴۱۸: ۴۲۳/۲).

نقد و تجزیه و تحلیل این مبحث از حوصله این جستار خارج است (برای مطالعه تفصیلی در این باره ر.ک: قبولی درافشان و دیگران، ۱۳۹۴: ۳۰۵-۳۳۸). لیکن به نظر می‌رسد در نظام کنونی حقوق ایران، «اصل صحت شرط» پذیرفته شده است و براساس آن می‌توان حکم به صحت شروطی داد که در صحت آن‌ها به لحاظ شک در جعل یا کیفیت جعل شارع تردید وجود دارد. متکای این ادعا مواد ۱۰ و ۲۲۳ قانون مدنی است. در حقیقت از یک طرف، «اصل صحت شرط» براینده منطقی «اصل آزادی قراردادی» و «اصل نفوذ قراردادها» مندرج در ماده ۱۰ قانون مدنی است که در صفحات آینده به تفصیل راجع به آن سخن خواهیم گفت. علاوه بر این، مقتضای اصل صحت قراردادها مندرج در ماده ۲۲۳ قانون مدنی نیز اصل صحت شرط در موارد تردید است (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۴۰۱/۲).

### ۲-۱-۳. حق یا حکم

یکی دیگر از موضوعاتی که در فقه امامیه به تفصیل بدان پرداخته شده است و با مباحث قاعده امری و تکمیلی قابل انطباق است، مبحث حق و حکم است (برای مطالعه تفصیلی در این باره ر.ک: حسنی، بی‌تا: ۳۱/۱؛ غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱۷/۱؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۵۵/۱؛ کریمی و دیگران، ۱۳۹۵: ۲۴۷-۲۷۴؛ گرجی، ۱۳۶۴: ۲۹-۳۸). توضیح آنکه در مقام بیان ویژگی‌های حق و حکم گفته شده که حق بر خلاف حکم، قابل اسقاط و نقل و انتقال است و امکان تعهد بر علیه آن وجود دارد. در حقیقت، قابلیت اسقاط و نقل و انتقال، مهم‌ترین خصیصه حق است که باعث تمایز آن از حکم می‌شود؛ برای مثال، حق خیار در عقود لازم از جمله حقوق و قابل اسقاط و نقل و انتقال می‌باشد (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۱۸/۱). در مقابل، حکم غیر قابل اسقاط است و نقل و انتقال آن به اسباب قهری و

ارادی ممکن نمی‌باشد. علاوه بر این، امکان تعهد بر علیه آن وجود ندارد؛ برای مثال، حق ابوت و حق ولایت حاکم، از احکام و غیر قابل اسقاط و نقل و انتقال می‌باشد (همان؛ نجفی خوانساری، ۱۳۷۳: ۴۲/۱). با وجود این، همان طور که اشاره شده است، تمیز حق از حکم در مواردی که مفاد مجعول شرعی رخصت است و مدلول آن بیانگر این است که انسان می‌تواند فلان عمل را انجام دهد، کار آسانی نیست. برای حل این مسئله در منابع و مآخذ فقهی، چند معیار به شرح ذیل ارائه شده است:

۱. توجه به آثار حق و حکم: در این خصوص برخی از فقها معتقدند که برای تمیز حق از حکم باید به آثار توجه کرد. اگر این آثار، قابل اسقاط و نقل و انتقال باشد حق، و در غیر این صورت حکم است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۵۶/۱؛ طباطبایی حکیم، بی‌تا: ۸).

۲. توجه به مفاد ادله: یکی دیگر از معیارهای تمیز حق و حکم، توجه به مفاد ادله می‌باشد؛ با این بیان که حق و حکم هر دو نتیجه ادله شرعی و قانونی است. گاهی ادله مزبور بیانگر این معنا هستند که اراده شخص در نتیجه حاصل از آن‌ها تأثیری ندارد که در این صورت، این نتیجه حکم است و در غیر این صورت، نتیجه مزبور حق خواهد بود. به هر حال، فقیه باید با دقت در ادله شرعی، موارد را از یکدیگر تشخیص دهد (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۲۱/۱؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۵۵/۱).

۳. توجه به هدف و غایت امر مورد نظر: در برخی از آثار فقهی، توجه به هدف و غایت امر مورد نظر، به عنوان یکی دیگر از راه‌های تمیز حق از حکم به شمار آمده است. در این آثار اشاره شده که حق برای مصلحت مکلف و رعایت حال او تشریح شده است؛ بنابراین قابل اسقاط است ولیکن حکم رخصتی است از سوی شارع برای فعلی که بدون رعایت حال هیچ یک از ملتزمان و به خاطر مصلحت و مفسده‌ای وضع کرده و به همین خاطر قابل اسقاط نیست (اراکي، ۱۴۱۵: ۱۲/۱؛ میلانی، ۱۳۹۵: ۲۵).

۴. توجه به طبیعت امر مورد نظر: برخی از حقوق‌دانان معاصر ادعا کرده‌اند که بهترین معیار برای تمیز حق و حکم، توجه به طبیعت امر مورد نظر است؛ بدین شرح که طبیعت پاره‌ای از امور چنان است که می‌توان آن را اسقاط کرد و یا به دیگری منتقل نمود و با فوت او نیز به وارث می‌رسد، مانند حق تحجیر. ماهیت برخی از امور اقتضا دارد که بتوان آن را اسقاط نمود و با فوت نیز به صورت قهری به بازماندگان برسد، ولی

قابلیت نقل ارادی ندارد، مانند حق شفعه. طبیعت بعضی از امور با انتقال قهری منافات دارد و تنها قابل نقل و اسقاط است، مانند حق قسم. پاره‌ای از امور تنها قابل اسقاط‌اند و طبیعت آن‌ها با نقل و انتقال منافات دارد، مانند حق قذف و غیبت (کریمی و دیگران، ۱۳۹۵: ۲۵۹).

۵. رجوع به اصول عملیه: رجوع به اصول عملیه نیز یکی دیگر از معیارهای تمیز حق از حکم است؛ بدین معنا که هر گاه در حق یا حکم بودن امری تردید به میان آید و بر اساس معیارهای فوق‌توان حقیقت امر را دریافت، باید به اصول عملیه رجوع کرد. در این زمینه بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. بعضی از فقها معتقدند که مقتضای اصل استصحاب این است که امر مشتبه را حکم و غیر قابل اسقاط بدانیم (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۵۶/۱). نائینی در این خصوص می‌گوید:

«مقتضای اصل استصحاب، عدم سقوط امر مورد نظر و ابقاء آن به صورت ماقبل اسقاط است» (نجفی خوانساری، ۱۳۷۳: ۴۲/۱).

در مقابل، بعضی از فقها در این خصوص، اصل عدم را جاری دانسته و چنین استدلال می‌کنند:

«چنانچه شک شود که امری حق است یا حکم، همه آثار وجودی حق یا حکم بودن آن امر به مقتضای اصل عدم نفی می‌شود. بنابراین چنین امری نه قابل اسقاط است و نه قابل نقل و انتقال؛ چون که قابلیت اسقاط و نقل و انتقال آن امر، مبتنی بر آن است که حق بودن آن احراز شود و در این زمینه، صرف شک کافی است و نیازی به اجرای اصل عدم نیست. علاوه بر این، چنانچه اصل عدم هم جاری شود، هرچند آثار را نفی می‌کند، ولی حکم بودن آن را اثبات نمی‌کند؛ زیرا اثبات حکم بودن، از لوازم عقلی و به اصطلاح اصل مثبت است و مثبتات اصل، حجت نیست» (آل بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ۱۹/۱).

در حقوق معاصر، نظریه حق و حکم از انتقاد مصون نمانده است و بعضی از حقوق‌دانان به نقد و بررسی آن پرداخته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۲۵۳؛ گرجی، ۱۳۶۴: ۳۶؛ قبولی درافشان و دیگران، ۱۳۹۴: ۳۱۲). در این خصوص گفته شده است:

«دو مفهومی که باید روبه‌روی هم قرار گیرد، حق و تکلیف است نه حق و حکم؛ زیرا حق نیز از آثار حکم است و باید این گونه‌گونی را در انواع حکم و هدف و نظم

حقوقی جستجو کرد؛ حکمی که حق می‌آفریند و حکمی که تکلیف به بار می‌آورد و موقعیت‌های حقوقی را ایجاد می‌کند» (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۴۲۴/۳).

همچنین گفته شده است:

«وجهی برای تقسیم مجعول شرعی به حق و حکم نیست تا اینکه به بیان فارق نیازمند باشیم. بلکه همه احکامی است شرعی که به جهت رعایت مصالحی خاص اعتبار شده است و در عین حال، همه آن‌ها را از این جهت که دارای نحوی از ثبوت و تقریر است، می‌توان حق نامید. آری، این احکام یا حقوق از لحاظ آثار، چنانچه مشاهده می‌شود، مختلف است؛ بعضی قابل اسقاط و برخی غیر قابل اسقاط. منشأ این اختلاف آن است که زمام این احکام حدوداً و بقائاً در دست شارع است» (گرچی، ۱۳۶۴: ۳۶).

بحث و بررسی در این زمینه از حوصله این جستار خارج است، لیکن به نظر می‌رسد بر عکس معیار حق و حکم، نظریه امری یا تکمیلی بودن قواعد حقوقی می‌تواند راه حل بهتری برای تمایز مصادیق مشتبه به لحاظ قابلیت اسقاط و نقل و انتقال باشد.

### ۲-۳. جایگاه بحث در حقوق موضوعه

پیش از بحث پیرامون این مسئله از منظر حقوق موضوعه، به منظور تبیین بهتر، به ذکر یک نمونه از قواعدی پرداخته شود که در ماهیت آن به لحاظ امری یا تکمیلی بودن شک و تردید وجود دارد. طبق ماده ۳۸۷ ق.م. ضامن تلف مبیع پیش از قبض بر عهده بایع می‌باشد. ماده مورد اشاره مقرر می‌دارد:

«اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود، بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد...».

سؤال این است که وضعیت حقوقی شرط عدم ضامن بایع در فرض تلف مبیع پیش از قبض چگونه است؟ به عبارت دیگر، آیا می‌توان ضمن عقد یا به طور مستقل شرط کرد که بایع در فرض تلف مبیع پیش از قبض، ضامن نباشد و ضامن تلف مبیع بر عهده مشتری باشد؟ در این خصوص بین حقوق دانان اختلاف نظر وجود دارد (امامی،

بی‌تا: ۴۶۳/۱؛ کاتوزیان، ۱۳۸۶ ج: ۳۰۵). با کمی دقت نظر می‌توان دریافت که این سؤال ریشه در چند سؤال مهم دیگر دارد: آیا قاعده مذکور تکمیلی، و توافق بر خلاف آن جایز است یا خیر؟ در صورت شک و تردید، اصل قابل استناد کدام است؟ آیا با استناد به ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل آزادی قراردادی می‌توان گفت که در این موارد، اصل بر تکمیلی بودن قواعد حقوقی و در نتیجه توافق اشخاص بر خلاف آن‌ها جایز است؟ در نظام حقوقی ایران در این خصوص بین حقوق‌دانان اختلاف نظر وجود دارد. بعضی از حقوق‌دانان معتقدند که اصل بر امری بودن قواعد حقوقی است و چنین استدلال می‌کنند:

«... اگر شک و تردید در مورد آمره یا تکمیلی بودن قانون همچنان باقی باشد، به نظر می‌رسد قواعد اصولی و به طور مشخص اصالة الاطلاق<sup>۱</sup> مقتضی آن است که قانون آمره شمرده شود؛ چرا که تکمیلی بودن، مستلزم قید زائدی (جواز توافق بر خلاف) است که مفروض عدم آن است» (دانش‌پژوه، ۱۳۹۱: ۱۵۰-۱۵۱).

در همین راستا، برخی از نویسندگان استدلال می‌کنند که منظور مقنن از اصطلاح «عدم مخالف صریح» مندرج در ماده ۱۰ ق.م.، فساد قراردادهای مخالف قواعد قانونی به صورت مطلق می‌باشد (قبولی درافشان و دیگران، ۱۳۹۴: ۳۳۰). این استدلال مخدوش است؛ زیرا با نگاهی گذرا به مجموع مقررات قانون مدنی، به خوبی می‌توان دریافت که اطلاق ماده ۱۰ ق.م. در این خصوص به قوت خود باقی نمانده است و قرینه‌هایی وجود دارد که نشان می‌دهد مقصود قانون‌گذار از عبارت «مخالف صریح قانون»، عدم مخالفت قراردادهای خصوصی اشخاص با قواعد امری است نه مطلق قواعد. بعضی از حقوق‌دانان نیز تصریح کرده‌اند:

«مقصود از واژه قانون در ماده ۱۰، قانون امری است نه تکمیلی. تراضی بر قانون تکمیلی حکومت می‌کند» (کاتوزیان، ۱۳۸۶ ج: ۳۲؛ صفایی، ۱۳۸۸: ۵۰/۲).

۱. در تعریف اصالة الاطلاق (اصل عدم تقیید) گفته شده است: «هر گاه متکلم لفظ مطلق را به کار ببرد، لیکن شک کنیم که منظور و مراد او از این لفظ مطلق، تمام افراد آن است یا برخی از آن‌ها، می‌گوییم منظور و مراد او تمام افراد آن است، نه برخی از آن‌ها؛ مگر اینکه در کلام خود قرینه و نشانه‌ای بیاورد و با این قرینه نشان دهد که منظور او، برخی از افراد آن لفظ است و نه تمام افراد آن» (شب‌خیز و محمدتبار، ۱۳۹۶: ۷۹).



وانگهی اطلاق در جایی قابل استناد است که مقدمات حکمت فراهم باشد. از جمله مقدمات حکمت این است که قدر متیقنی در بین نباشد. در ماده ۱۰ ق.م. با مراجعه به آراء عموم حقوق دانان که نمونه آن ذکر شد، قدر متیقن قانون در ماده ۱۰، قانون امری است نه تکمیلی، و چنانچه با استناد به اطلاق قائل باشیم که قراردادهای مخالف قانون به طور مطلق باطل است، دیگر اصل آزادی قراردادهای معنا ندارد.

بعضی دیگر از حقوق دانان معتقدند که در این خصوص، قاضی دادگاه باید با توجه به شرایط و اوضاع و احوال، امری یا تکمیلی بودن قواعد حقوقی را تشخیص دهد و رفع شک و تردید در هر مورد، بسته به نظر و صلاحدید قاضی دادگاه است. در این خصوص گفته شده است:

«مقنن ذکر نکرده که فلان قانون تعویضی یا امری است؛ زیرا موضوع تشخیص انواع قانون، بسته به اهمیت نسبی آزادی فردی و منافع اجتماعی است و این نسبت همیشه به یک قرار نمی ماند و قانون که قاعده کلی و بالنسبه ثابتی است، نمی تواند پیوسته با این تحولات متناسب شود. بنابراین تعیین نوع قانون طبعاً به قاضی محول می گردد و قاضی باید از روی دلایلی که موجب ایجاد آن قاعده شده، نوع آن را تشخیص دهد» (شایگان، ۱۳۹۶: ۲۶-۲۵؛ مدنی، ۱۳۹۰: ۳۵/۱).

اشکال این نظر آن است که اعتقاد به آن، مخالف نظم حقوقی است و سبب خودسری قضایی و صدور آراء متناقض در موارد مشابه می گردد. در حقیقت، این نظر یادآور نظام تفیثی در آیین دادرسی است که مورد انتقاد است (شمس، ۱۳۸۹: ۱۱۵/۲؛ خالقی، ۱۳۹۴: ۳۳/۱).

بعضی دیگر از حقوق دانان با توجه به ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل آزادی اراده معتقدند که اصل قابل استناد در این زمینه، تکمیلی بودن قواعد حقوقی است. امری بودن قواعد امری استثناست که در هر مورد باید اثبات شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲: ۲۹؛ ساکت، ۱۳۸۷: ۳۸۴)؛ برای مثال در این خصوص گفته شده است:

«در مورد قانون امری، جلو آزادی اراده افراد مسدود است و افراد نمی توانند بر خلاف آن، شرطی در ضمن عقد نمایند و تعهدی بر خلاف آن بپذیرند. به عکس در مورد قانون غیر امری، از آنجا که به صرف شک نمی توان جلو آزادی اراده افراد را گرفت، ناچار به حکم اصل آزادی اراده باید حکم به صحت تعهدات مخالف قانون مشتبّه

بین قانون امری و غیر امری نمود. در نتیجه می‌توان از اصل آزادی اراده، اصل کوچک‌تری به عنوان اصل غیر امری بودن قانون استخراج کرد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲: ۲۹).

این نظریه از سوی برخی حقوق‌دانان از دو جهت مورد نقد و بررسی قرار گرفته است:

نخست آنکه گفته شده است:

«این استدلال با ظاهر ماده به ویژه قید "صریح بودن قانون مخالف" در آن موافق است. ولی داوری در این باب، مستلزم توجه به مجموع نظام حقوق کنونی است. از استقراء در آن به خوبی نسبی بودن این اصل استنباط می‌شود. از تاریخ تصویب قانون مدنی تا کنون این نظام تغییر فراوان کرده است. چندان که دیگر نمی‌توان گفت مداخله آمرانه قانون‌گذار در قراردادی تنها به عنوان یک وسیله مفید اجتماعی پذیرفته شده و در نتیجه ضرورت‌های تازه اجتماعی و اقتصادی چندان محدود گردیده است که در پاره‌ای زمینه‌ها باید اصل امری بودن قانون قرار داد» (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۵۴/۱).

در تشریح این نظر گفته شده است:

«در مقام تردید باید بین قواعد مربوط به امور مالی و قواعد ناظر به احوال شخصی و اهلیت تفاوت گذارد؛ در امور مالی، اصل تکمیلی بودن قانون است و در امور مربوط به خانواده، اهلیت، وصیت و ارث، اصل بر امری بودن قواعد حقوقی است. به علاوه، تمام قواعد مربوط به حقوق عمومی مانند قوانین اساسی و اداری و کیفری و بخش مهمی از آیین دادرسی، از قواعد مربوط به نظم عمومی و در شمار قوانین امری است» (همو، ۱۳۹۴: ۱۶۱).

این سخن در یک نگاه کلی درست است و باید اذعان کرد که در بعضی حوزه‌ها مانند حقوق اساسی، اصل بر امری بودن قوانین است و در برخی موارد، اصل بر تکمیلی بودن است. اما یکی از ایرادات مهمی که سبب تضعیف این نظریه می‌شود، عدم ارائه راه حل در مواردی است که نتوان به صورت متیقن، آمره یا تکمیلی بودن قوانین را استنباط کرد؛ زیرا همان طور که بعضی از نویسندگان به درستی بدان اشاره کرده‌اند، در برخی موارد، تشخیص ماهیت غالب شعبه‌های علم حقوق به خاطر نفوذ متقابل حقوق عمومی و خصوصی دشوار است (همو، ۱۳۹۳: ۳/۳۵۰)؛ برای مثال، برخی

حقوق دانان قواعد مربوط به حقوق تجارت را جزء قواعد مربوط به حقوق خصوصی قرار داده‌اند (همان: ۳/۳۵۷): در حالی که برخی دیگر، حقوق تجارت را به سبب دخالت روزافزون دولت در امور تجاری، ترکیبی از حقوق عمومی و حقوق خصوصی به شمار آورده‌اند (اعظمی زنگنه، ۱۳۴۶: ۱). همچنین بر خلاف نظر مشهور، بعضی از حقوق دانان حقوق کار را از رشته‌های حقوق عمومی یا دست کم از مصادیق حقوق مختلط خصوصی و عمومی به شمار آورده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۳/۳۶۴).

دوم آنکه گفته شده است:

«در موردی که قراردادی با قانون مخالف است و در وصف امری یا تکمیلی بودن قانون تردید است، این تردید زمانی رفع می‌شود که ما به نفوذ قرارداد علم پیدا کنیم (زیرا تنها در این صورت است که قانون را باید تکمیلی شمرد) و چون نفوذ قرارداد نیز در متن ماده موکول به این است که به تکمیلی بودن قانون مخالف علم داشته باشیم، استناد به ماده ۱۰ برای تکمیلی بودن قانون و نفوذ قرارداد، مستلزم دور است و باید از دلایل خارجی دیگر برای این مسئله راه حل بیابیم» (همو، ۱۳۸۵: ۱/۱۵۳).

نویسنده دیگری نیز گفته است:

«مستند قانونی اصل آزادی قراردادی، ماده ۱۰ ق.م. بوده است و این ماده در مقام بیان اصل امری نبودن قوانین نیست. ماده ۱۰ قانون مدنی صرفاً از نفوذ قراردادهای خصوصی در فرض عدم مخالفت صریح با قوانین سخن گفته است. در واقع در مواردی که قراردادی با حکم قانون مغایرت دارد، ولی در امری بودن حکم قانون تردید است، نمی‌توان آن را خارج از مصادیق مخالفت صریح به شمار آورد و از عموم مزبور، نفوذ قرارداد را استنتاج کرد. به سخن دیگر، نمی‌توان از عموم دلیل در شبهه مصداقی بهره برد» (قبولی درافشان و دیگران، ۱۳۹۴: ۳۲۹).

در نقد این نظر می‌توان گفت که اولاً: استدلال فوق، مخالف ظاهر ماده ۱۰ ق.م. است. به لحاظ اصولی، منطوق ماده ۱۰ ق.م. بیان می‌دارد: «کلیه قراردادهای خصوصی افراد نافذ است، مگر قراردادهایی که مخالف صریح قانون (قاعده امری) باشد». ظاهر ماده ۱۰ بیانگر این است که قانون‌گذار، «اصل اباحه قراردادی»<sup>۱</sup> را پذیرفته است. آنچه

۱. تعبیر «اباحه قراردادی» توسط کاتوزیان استعمال شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۱/۸۰ و ۳۶۲).

استثنا و خلاف اصل می‌باشد، بطلان قراردادهایی است که مخالف صریح قانون یا به تعبیری مخالف قواعد امری هستند که باید به صورت مضیق تفسیر شود. علی‌الاصول «اصل اباحه قراردادی» در مواردی به کار می‌رود که در نفوذ قرارداد شک و تردید وجود داشته باشد. تردید در نفوذ قرارداد، به علت تردید در امری یا تکمیلی بودن قواعد حقوقی یا تردید در مشروعیت یا عدم مشروعیت شرط یکی از مجاری اصلی اجرای اصل اباحه قراردادی است، که می‌توان بر اساس آن، حکم به صحت این قراردادها داد. حال با وجود این، چگونه می‌توان ادعا کرد که استناد به ماده ۱۰ ق.م. در این خصوص، مستلزم دور یا از مصادیق استناد به عموم در شبهه مصداقی است و جهت تشخیص صحت قرارداد به مفهوم مبهم نظم عمومی توسل جست. برون‌داد منطقی پذیرش این اصل، استخراج اصولی نظیر «اصل تکمیلی بودن قواعد حقوقی» و «اصل صحت شرط در موارد مشکوک» می‌باشد. آیا می‌توان اصل اباحه قراردادی را پذیرفت، ولی در مقابل، معتقد به اصل امری بودن قواعد حقوق یا اصل عدم مشروعیت شرط در موارد مشکوک شد؟ همان‌طور که گفته شده است، یکی از اصول تفسیر این است که به قانون‌گذار نسبت لغو داده نشود و تا جایی که ممکن است، بر حکم او اثر معقول و منطقی بار شود (کاتوزیان، ۱۳۸۶ الف: ۱۶۶). آیا این تفسیر باعث نمی‌شود که تمام فوایدی که قانون‌گذار از وضع ماده ۱۰ قانون مدنی در جهت اصل آزادی قراردادی و حمایت از ابتکارهای خصوصی اشخاص در نظر داشته است، لغو و بیهوده گردد؛ زیرا قانون‌گذار با تصویب ماده ۱۰ ق.م. به دنبال به رسمیت شناختن اصل حاکمیت و آزادی اراده در انعقاد قراردادهاست و روشن است که اقتضای چنین اصلی، نفوذ و اعتبار قراردادهای خصوصی است، چون پذیرفته نیست که قانون‌گذار اصل را بر آزادی قرارداده بگذارد، اما بگوید که این قراردادها استثناء نافذ هستند، آن‌هم در جایی که مخالف قانون نباشد و این عدم مخالفت نیز باید اثبات گردد. این‌گونه برداشت از ماده ۱۰، آن را تهی از خاصیت می‌کند و با فلسفه وضع آن نیز تعارض دارد. اگر می‌پذیریم که اصل آزادی قرارداد در ماده ۱۰ تقنین شده است، کم‌اینکه عموم حقوق‌دانان این سخن را قبول دارند، پس عدم آزادی و محدودیت در انعقاد قرارداد استثناء خواهد بود و این استثناء و محدودیت در مقابل قوانین امری است. به عبارت دیگر، در موارد شک در مشروعیت و نفوذ

قرارداد با توجه به اصل، باید استثناء اثبات و احراز شود و آن نیز تعارض با قوانین امری است. یعنی استثناء شامل دو چیز خواهد بود و برای کنار گذاشتن اصل آزادی اراده باید اثبات گردد که قرارداد منعقدشده: ۱. معارض و مخالف با قانون است، ۲. آن قانون نیز امری باشد، در غیر این صورت آن قرارداد مشروع و نافذ خواهد بود. ثانیاً: براینده احترام به شخصیت و حقوق طبیعی انسان به خصوص حق آزادی، این است که به هنگام شک در امری یا تکمیلی بودن قواعد حقوقی، باید حکم به تکمیلی بودن قواعد حقوقی و نفوذ قراردادهای داد و بدین وسیله از حقوق طبیعی انسان و مصلحت مربوط به برقراری عدالت اجتماعی حمایت کرد و زمینه را برای گسترش نوع قراردادهای و حمایت از ابتکارهای خصوصی اشخاص فراهم آورد. ماده دوم اعلامیه حقوق بشر در این راستا می گوید: «هدف هر جامعه سیاسی، حفظ حقوق طبیعی و مرور زمان ناپذیر انسان است».

وضع مقررات امری و تخلف ناپذیر، براینده منطقی حمایت از منافع و مصالح عمومی است که این امر باید محدود به مواردی شود که در این زمینه تردیدی وجود نداشته باشد و ضرورت مربوط به مصالح عالی اجتماعی و نظم عمومی و اخلاق حسنه، آن را ایجاب کند. عبارت «مخالف صریح قانون» مندرج در ماده ۱۰ قانون مدنی توجیه کننده این استدلال است. ثالثاً: مقتضای اصل صحت قراردادهای مندرج در ماده ۲۲۳ قانون مدنی نیز تکمیلی بودن قواعد حقوقی است و می توان بر اساس آن، حکم به نفوذ قراردادهایی داد که در صحت آنها به علت تردید در امری یا تکمیلی بودن قواعد حقوقی یا مشروعیت یا عدم مشروعیت شرط، شک و تردید وجود دارد. ماده ۲۲۳ ق.م. مقرر می دارد: «هر معامله ای که واقع شده باشد، محمول بر صحت است، مگر اینکه فساد آن معلوم شود».

در همین ارتباط، بعضی از حقوق دانان اظهار نموده اند:

«اگر عقد با قانون مخالف باشد و تردید شود که قانون امری است یا تکمیلی، اصل صحت اقتضا دارد که قانون تکمیلی باشد؛ زیرا در این صورت، نفوذ قرارداد با هدف از وضع قانون تعارض ندارد» (همو، ۱۳۸۶ ج: ۲۱۳، زیرنویس شماره ۶ ماده ۲۲۳ ق.م.م.).

رابعاً: اعتقاد به آن مخالف نظم حقوقی و سبب آشفستگی است.

رویکرد حقوق مصر در این خصوص در قیاس با نظام حقوقی ایران، از جهتی مشابه و از جهتی متفاوت است. مشابه است از این جهت که در حقوق مصر همانند حقوق ایران در این خصوص نصی وجود ندارد. متفاوت است از این لحاظ که بر خلاف نظام حقوقی ایران در این خصوص، اصل قابل استنادی ارائه نشده است. لیکن در این زمینه از سوی حقوق دانان دو ضابطه اصلی ارائه شده است که مورد اتفاق اکثر حقوق دانان مصری است که عبارت‌اند از:<sup>۱</sup>

### ضابطه نخست: معیار مادی یا لفظی

لحن مواد قانونی، نخستین ضابطه جهت تمیز قواعد امری و قواعد تکمیلی و رفع تردید در این زمینه است (سعد و منصور، ۱۹۹۵: ۶۹؛ سلطان، ۱۹۸۳: ۵۵)؛ برای مثال در همین ارتباط گفته شده است:

«ملاحظه می‌شود که بعضی از مواد قانونی به گونه‌ای وضع گردیده‌اند که از لحن آن‌ها می‌توان فهمید که قاعده امری هستند یا تکمیلی» (سنهوری، ۱۳۹۱: ۱/۴۹۱).

بر این اساس گفته شده است که چنانچه لحن ماده قانونی، متضمن چنین عباراتی باشد: «توافق بر خلاف حکم این ماده قانونی باطل است»، این امر دلالت بر آمره بودن قاعده قانونی دارد؛ مانند ماده ۲/۱۳۱ قانون مدنی مصر.<sup>۲</sup> اما چنانچه لحن ماده قانونی، متضمن چنین عباراتی باشد: «حکم این ماده در صورتی لازم‌الاجراست که عرف یا توافقی بر خلاف آن وجود نداشته باشد»، این امر دلالت بر تکمیلی بودن قاعده حقوقی دارد؛ مانند ماده ۴۵۶ قانون مدنی مصر.<sup>۳</sup> در نظام حقوقی ایران نیز همان طور که اشاره شد، این ضابطه به عنوان یکی از معیارهای تمیز قواعد امری از قواعد تکمیلی، توسط برخی از حقوق دانان مورد توجه قرار گرفته است (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱/۱۵۶).

۱. برای مثال در این خصوص گفته شده است: «ولکن کیف یمكن الوصول إلى معرفة طبيعة القاعدة، وهل هي أمرة أم مكتملة؟ هناك طريقتان للوصول إلى ذلك» (سلطان، ۱۹۸۳: ۵۴).

۲. ماده ۲/۱۳۱ قانون مدنی مصر مقرر می‌دارد: «التعامل فی تركة إنسان علی قید الحیاة باطل ولو كان برضائه، إلا فی الأحوال التي نصّ علیها فی القانون» (ابوالسعود و منصور، ۲۰۰۳: ۸۳؛ صده، بی‌تا: ۷۶-۷۵).

۳. ماده ۴۵۶ قانون مدنی مصر مقرر می‌دارد: «یکون الثمن مستحقّ الوفاء فی المكان الذی سلّم فیه المبیع، ما لم یوجد اتفاق أو عرف یقتضی بغير ذلك» (همان‌ها).

## ضابطه دوم: معیار معنوی

ضابطه دوم، تکیه بر مفهوم نظم عمومی و اخلاق حسنه است (سنهوی، ۱۳۹۱: ۴۹۲-۴۹۱/۱؛ سعد و منصور، ۱۹۹۵: ۶۹)؛ برای مثال، برخی از حقوق دانان مصری در این خصوص می گویند:

«هنگامی که نتوان به وسیله الفاظ قاعده قانونی، امری یا تکمیلی بودن آن‌ها را تشخیص داد، در اینجا معیار دیگری وجود دارد که به واسطه آن می‌توان نوع قاعده حقوقی را معین کرد و آن معیار، نظم عمومی و اخلاق حسنه است» (قاسم، ۲۰۰۶: ۱۵۳/۱).

بر این مبنا گفته شده است که چنانچه متعلق قاعده قانونی، نظم عمومی و اخلاق حسنه باشد، قاعده امری و در غیر این صورت، قاعده تکمیلی به شمار می‌آید (همان؛ سلطان، ۱۹۸۳: ۵۶). در حقوق مصر، این امر مورد تصریح قانون گذار قرار گرفته است؛ برای مثال، ماده ۱۳۵ قانون مدنی مصر مقرر می‌دارد:

«إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام والأداب، كان العقد باطلاً».

طبق این ضابطه، تعریف نظم عمومی و اخلاق حسنه و تحدید مصادیق آن‌ها از اهمیت بالایی برخوردار است؛ زیرا همان طور که اکثر حقوق دانان مصری بدان اشاره کرده‌اند، مفهوم نظم عمومی و اخلاق حسنه، امری نسبی و انعطاف‌پذیر است که بر حسب زمان و مکان متغیر است. در حقوق مصر، ضابطه نهایی در این خصوص تمیز قاضی است. قاضی تعیین کننده این حقیقت است که کدام قاعده امری و متعلق به نظم عمومی و اخلاق حسنه است و کدام قاعده تکمیلی و متعلق به مصالح شخصی اشخاص می‌باشد (سنهوی، ۱۳۹۱: ۴۹۳/۱؛ قاسم، ۲۰۰۶: ۱۵/۱؛ سعد و منصور، ۱۹۹۵: ۶۹-۷۰). برای مثال، برخی از حقوق دانان در این زمینه می گویند:

«اگر اندیشه نظم عمومی و اخلاق حسنه، مرتبط با بنیان‌های اقتصادی، اجتماعی و اخلاقی حاکم در جامعه، در یک زمان معین باشد، بنابراین قاضی قدرت گسترده‌ای در اداره این امور و به دنبال آن در میزان اعتبار قاعده آمره یا تکمیلی دارد؛ هرچند در این مورد بنا بر افکار و اعتقادات شخصی‌اش تفصیل نمی‌دهد، بلکه بر اساس افکار و جهت‌گیری‌های حاکم بر جامعه است» (قاسم، ۲۰۰۶: ۱۵۵/۱).

این نظریه مصون از انتقاد نمانده است و در نقد آن می‌توان گفت که اولاً: نظم عمومی مفهومی نسبی و قابل انعطاف و مبهم است، که بر حسب زمان و مکان متغیر است (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱/۱۵۰). ثانیاً: اعتقاد به آن، مخالف نظم حقوقی است و سبب خودسری قضایی و صدور آراء متناقض در موارد مشابه می‌گردد. ثالثاً: همان طور که گفته شده است:

«هر قانون امری، با نظم عمومی ارتباط ندارد؛ برای مثال، قوانین مربوط به شکل اسناد و حمایت از محجوران امری است، ولی همه آن‌ها به نظم عمومی ارتباط ندارند؛ زیرا گاه ضمانت اجرای تجاوز به آن در قراردادها بطلان نسبی است (یعنی قرارداد مخالف تنها قابل ابطال است نه باطل)، در حالی که نظم عمومی قواعدی است که لازمه زندگی اجتماعی است و ناچار و در همه حال باید رعایت شود» (همان، زیرنویس شماره ۲).

### نتیجه‌گیری

در نظام حقوقی ایران، اصل آزادی قراردادی به موجب ماده ۱۰ ق.م.ا. به عنوان یک وسیله مفید اجتماعی پذیرفته شده است؛ لیکن این اصل به وسیله چند عامل مهم محدود شده است. عدم مخالفت صریح با قانون، یکی از عوامل محدودکننده اصل مذکور است. در این خصوص، دو موضوع مهم مطرح است. موضوع اول، تمیز قواعد امری از قواعد تکمیلی است. در دکترین حقوقی در این خصوص چند معیار مهم ارائه شده است. بررسی مطالعات حقوق تطبیقی نشان می‌دهد که در این زمینه، حقوق مصر با نظام حقوقی ایران هماهنگ است. موضوع دوم، اصل قابل استناد به هنگام شک در امری یا تکمیلی بودن قواعد حقوقی است. در این خصوص بین حقوق دانان اختلاف نظر وجود دارد. برخی حقوق دانان با توجه به قاعده اصالة الاطلاق، اصل را بر امری بودن قواعد حقوقی گذاشته‌اند. در مقابل برخی از حقوق دانان در این زمینه، نظر قاضی دادگاه را مناط اعتبار دانسته و رفع شک و تردید در هر مورد را به نظر و صلاحدید قاضی دادگاه واگذار کرده‌اند. برخی نیز نظریه نسبی بودن را برگزیده، معتقدند که در این خصوص باید به جای کلی‌گرایی و استفاده از منطق، به تجربه روی آورد و از استقراء در احکام قانون دریافت که قانون‌گذار در هر مورد، چه اصلی را برقرار کرده است.



لیکن به نظر می‌رسد در نظام حقوقی ایران، اصل بر تکمیلی بودن قواعد حقوقی است. امری بودن قواعد حقوقی استثناست و نیاز به تصریح قانون‌گذار دارد. همان‌طور که برخی از حقوق‌دانان به درستی بدان اشاره کرده‌اند:

«برای رفع سرگردانی، به اصولی می‌توان استناد کرد که به نظر قانون‌گذار نیز مشروع باشد، باید متکایی برای آن‌ها در میان قوانین یافت و نشان داد که قانون‌گذار نیز اصل را مباح می‌شمرد» (همو، ۱۳۹۳: ۲۴۳/۳).

متکای اصل تکمیلی بودن قواعد حقوقی، مواد ۱۰ و ۲۲۳ قانون مدنی است. ظاهر ماده ۱۰ قانون مدنی با توجه به رعایت اصول تفسیر، بیانگر این است که قانون‌گذار ضمن بیان «اصل آزادی قراردادی»، «اصل نفوذ قراردادها» یا به تعبیری «اصل اباحه قراردادی» را پذیرفته است. آنچه استثنا و خلاف اصل می‌باشد، بطلان قراردادهایی است که مخالف صریح قانون یا به تعبیری مخالف قواعد امری هستند که باید به صورت مضیق تفسیر شود. برون‌داد منطقی «اصل نفوذ قراردادها» مندرج در ماده ۱۰ ق.م.، «اصل تکمیلی بودن قواعد حقوقی» و «اصل صحت شرط» در موارد تردید است که بر اساس آن می‌توان حکم به نفوذ قراردادهایی داد که در نفوذ آن‌ها به علت تردید در امری یا تکمیلی بودن قواعد حقوقی یا مشروعیت یا عدم مشروعیت شرط، شک و تردید وجود دارد. علاوه بر این، مقتضای اصل صحت قراردادها مندرج در ماده ۲۲۳ قانون مدنی نیز تکمیلی بودن قواعد حقوقی در موارد مورد تردید است. در نتیجه چنانچه قراردادی مخالف قانون باشد و تردید شود که قانون امری است یا تکمیلی، مقتضای اصل صحت این است که قانون تکمیلی باشد. براین مطالعه تطبیقی در این زمینه آن است که در حقوق مصر جهت تمیز قواعد امری از قواعد تکمیلی و رفع تردید در این زمینه، دو ضابطه اصلی وجود دارد: نخست توجه به لحن مواد قانونی است. دوم تکیه بر مفهوم نظم عمومی و اخلاق حسنه است که ضابطه نهایی در این خصوص، تمیز قاضی است. قاضی تعیین‌کننده این حقیقت است که کدام قاعده امری و متعلق به نظم عمومی و اخلاق حسنه است و کدام قاعده تکمیلی و متعلق به مصالح شخصی اشخاص می‌باشد.

کتاب‌شناسی

۱. آل بحر العلوم، سیدمحمد بن محمدتقی، *بلغة الفقیه*، تهران، مکتبه الصادق علیه السلام، ۱۴۰۳ ق.
۲. ابوالسعود، رمضان محمد، و محمد حسین منصور، *المدخل الى القانون*، بیروت، منشورات الحلبي، ۲۰۰۳ م.
۳. اراکي، محمدعلی، *کتاب البيع*، قم، مؤسسه در راه حق، ۱۴۱۵ ق.
۴. اعظمی زنگنه، عبدالحمید، *حقوق بازرگانی*، چاپ سوم، بی‌جا، بی‌نا، ۱۳۴۶ ش.
۵. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، تهران، اسلامیة، بی‌تا.
۶. انصاری، مرتضی بن محمدامین، *کتاب المکاسب*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *تأثیر اراده در حقوق مدنی*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۲ ش.
۸. همو، ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۳ ش.
۹. همو، *مقدمه عمومی علم حقوق*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۳ ش.
۱۰. حائری، مسعود، *مبانی فقهی تحلیلی از ماده ۱۰ ق.م.*، تهران، کیهان، ۱۳۷۰ ش.
۱۱. حسینی، هاشم معروف، *نظریة العقد فی الفقه الجعفری*، بیروت، مکتبه هاشم، بی‌تا.
۱۲. خالقی، علی، *آیین دادرسی کیفری*، تهران، مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۴ ش.
۱۳. دانش‌پژوه، مصطفی، *شناسه حقوق*، تهران، جنگل، ۱۳۹۱ ش.
۱۴. ره‌پیک، حسن، *مقدمه علم حقوق*، تهران، خرسندی، ۱۳۹۲ ش.
۱۵. زراعت، عباس، و محمدرضا معین، *مقدمه علم حقوق*، تهران، جنگل، ۱۳۹۱ ش.
۱۶. ساکت، محمدحسین، *حقوق‌شناسی: دیباچه‌ای بر دانش حقوق*، تهران، ثالث، ۱۳۸۷ ش.
۱۷. سعد، نبیل ابراهیم، و محمد حسین منصور، *مبادئ القانون (المدخل الى القانون - نظریة الالتزامات)*، بیروت، دار النهضة العربیة، ۱۹۹۵ م.
۱۸. سلطان، انور، *المبادئ القانونية العامة*، بیروت، دار النهضة العربیة، ۱۹۸۳ م.
۱۹. سنهوری، عبدالرزاق احمد، *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید*، بیروت، منشورات الحلبي، ۲۰۰۹ م.
۲۰. همو، *نظریة العقد*، تهران، خرسندی، ۱۳۹۱ ش.
۲۱. شایگان، علی، *حقوق مدنی*، تهران، مهر کلام، ۱۳۹۶ ش.
۲۲. شب‌خیز، محمدرضا، و عباد محمدتبار، *اصول فقه دانشگاهی*، تهران، کتاب آوا، ۱۳۹۶ ش.
۲۳. شمس، عبدالله، *آیین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته)*، تهران، دراک، ۱۳۸۹ ش.
۲۴. صده، عبدالمنعم فرج، *اصول القانون*، بیروت، دار النهضة العربیة، بی‌تا.
۲۵. صفایی، حسین، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران، میزان، ۱۳۸۸ ش.
۲۶. طباطبایی حکیم، سیدمحسن، *نهج الفقاهه*، قم، ۲۲ بهمن، بی‌تا.
۲۷. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، *حاشیة المکاسب*، قم، اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ق.
۲۸. غروی اصفهانی (کمپانی)، محمدحسین، *حاشیة کتاب المکاسب*، قم، انوار الهدی، ۱۴۱۸ ق.
۲۹. قاسم، محمد حسن، *المدخل لدراسة القانون*، بیروت، منشورات الحلبي، ۲۰۰۶ م.
۳۰. قاسم‌زاده، سیدمرتضی، *حقوق مدنی: اصول قراردادها و تعهدات؛ نظری و کاربردی*، تهران، دادگستر، ۱۳۸۶ ش.
۳۱. قبولی درافشان، سیدمحمد مهدی و دیگران، «بررسی فقهی حقوقی اصل قابل استناد در موارد تردید در مشروعیت شرط»، *پژوهش‌های فقهی*، دوره یازدهم، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۴ ش.

۳۲. کاتوزیان، ناصر، اعمال حقوقی - قرارداد - ایقاع، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۳ ش
۳۳. همو، دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ درس‌هایی از شفعه، وصیت، ارث، تهران، میزان، ۱۳۸۶ ش. (الف)
۳۴. همو، دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ درس‌هایی از عقود معین، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶ ش. (ب)
۳۵. همو، فلسفه حقوق، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳ ش.
۳۶. همو، قانون مدنی در نظم کنونی، تهران، میزان، ۱۳۸۶ ش. (ج)
۳۷. همو، قواعد عمومی قراردادها، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۵ ش.
۳۸. همو، مقدمه علم حقوق، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴ ش.
۳۹. کرکی عاملی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل‌البتین، لاجئ التراث، ۱۴۱۴ ق.
۴۰. کریمی، عباس، هادی شعبانی کندسری، و حسن اسکندری، «تأملی در تفکیک ملک، حق و حکم در فقه امامیه»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال هشتم، شماره ۱۵، پاییز و زمستان ۱۳۹۵ ش.
۴۱. گرجی، ابوالقاسم، «حق و حکم و فرق میان آن‌ها»، مطالعات حقوقی و قضایی، شماره ۱، بهار ۱۳۶۴ ش.
۴۲. لاری، سیدعبدالحسین، التعلیقة علی المکاسب، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۸ ق.
۴۳. محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۴۴. مدنی، سیدجلال‌الدین، حقوق مدنی، تهران، پایدار، ۱۳۹۰ ش.
۴۵. موسوی بجنوردی، سیدحسن بن آقابزرگ، القواعد الفقهیه، قم، الهادی، ۱۴۱۹ ق.
۴۶. موسوی بجنوردی، سیدمحمد بن حسن، قواعد فقهیه، چاپ سوم، تهران، عروج، ۱۴۰۱ ق.
۴۷. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، مصباح الفقاهه - المکاسب، تقریر محمدعلی توحیدی تبریزی، نرم‌افزار جامع فقه اهل‌البتین، بی‌تا.
۴۸. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن، رسائل المیرزا القمی، قم، دفتر تبلیغات اسلامی - شعبه خراسان، ۱۴۲۷ ق.
۴۹. میلانی، سیدمحمد، محاضرات فی فقه الامامیه، مشهد، دانشگاه فردوسی مشهد، ۱۳۹۵ ش.
۵۰. نجفی خوانساری، موسی بن محمد، کتاب منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، تقریرات بحث محمدحسین غروی نائینی، تهران، المكتبة المحمدیه، ۱۳۷۳ ق.



## بررسی مبانی و احکام معامله مال غیر در فقه امامیه، حقوق ایران و حقوق انگلستان\*

- حامد خویاری<sup>۱</sup>
- سیدمحمدصادق طباطبایی<sup>۲</sup>
- علیرضا آرش‌پور<sup>۳</sup>

### چکیده

اغلب حقوق دانان و مشهور فقها، مقررات فضولی را از قواعد عمومی قراردادها دانسته و آن را به تمامی انواع عقود تسری داده‌اند. این گستردگی موجب شده است که برخی از حقوق دانان احکام فضولی را مغایر با نظم عمومی بیندارند. در مقابل در حقوق انگلستان به بهانه تأمین نظم عمومی، استثنائاتی بر قاعده «عدم امکان انتقال رابطه توسط غیر ذی حق» وارد شده و انتقال مال غیر در برخی موارد نافذ دانسته شده است. به علاوه در حقوق این کشور جهت تسهیل امور تجاری، معاملات وکیل خارج از حدود اذن یا معاملات هر شخصی که تظاهر به نمایندگی کند، قابل تنفیذ شمرده شده است. اختلاف نگرش به کارایی

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۱/۱۲ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۲/۱۷.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان (h.khubyari@gmail.com).

۲. دانشیار گروه حقوق دانشگاه اصفهان (نویسنده مسئول) (tabatabaei@ase.ui.ac.ir).

۳. استادیار گروه حقوق دانشگاه اصفهان (a.arashpour@ase.ui.ac.ir).

تقنین پیرامون انتقال مال غیر و همین طور اختلاف احکام، ناشی از تفاوت مبانی «معامله مال غیر» در این دو نظام حقوقی است.

در این نوشتار با تفکیک معاملات فضولی مراعی از موقوف خواهیم دید که مبنای عدم نفوذ در معاملات اخیر، نظریه «استناد به مالک» بوده و در حقوق انگلستان، معامله مال غیر به فراخور حکم بر دو مبنای «نمایندگی ناشی از تنفیذ» و «اداره عقد» استوار است.

**واژگان کلیدی:** عقد فضولی، معامله مال غیر، نمایندگی ناشی از تنفیذ، اداره عقد، استناد به مالک.

### مقدمه

در حقوق ایران، عدم نفوذ معاملات فضولی ناشی از عدم اهلیت تصرف متعامل در موضوع معامله است. این عدم اهلیت ممکن است به دلیل عدم وجود رابطه بین متعامل با موضوع معامله (فضولی موقوف) یا وجود حق غیر بر آن (فضولی مراعی) باشد (کریمی، ۱۳۹۱: ۱۶۲). البته اهلیت تصرف را نباید در عرض اهلیت تمتع یا استیفا لحاظ کرد؛ چرا که عدم وجود اهلیت تصرف به دلیل خلل در مورد تصرف بوده و عدم وجود اهلیت استیفا یا تمتع به دلیل خلل در وجود متصرف است (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۵/۲). مواد ۶۵، ۲۴۷ یا ۷۹۳ قانون مدنی نیز عدم نفوذ معاملات را معلول عدم وجود رابطه یا وجود رابطه ناقص متعامل با موضوع معامله می‌داند. در حقوق انگلستان، قاعده آن است که هیچ کس نمی‌تواند رابطه‌ای برتر از آنچه خود با مال دارد، به دیگری منتقل نماید (ماده ۲۱ قانون فروش کالا). این قاعده، مستنبط از قاعده لاتینی "Nemo dat quod non habet" است. گستردگی روابط تجاری و نیازهای معاملات در دنیای جدید موجب شد تا در سال ۱۸۲۳، قانون عاملین استثنائات وارد بر قاعده "Nemo dat" را پایه‌گذاری کند (Holdsworth, 1903: 383). فشار تجار و حقوق‌دانان جهت حمایت بیشتر از خریدار با حسن نیت، منجر به بازبینی قانون تنها دو سال پس از تصویب آن و گسترش استثنائات در سال ۱۸۲۵ شد (Thomas, 2011: 44). نهایتاً این استثنائات در مواد ۲۳ تا ۲۵ قانون فروش کالا مصوب ۱۹۷۹ تکمیل و احصا گردید. بنابراین در حقوق انگلستان، معامله مال غیر بر خلاف حقوق ایران، قاعده‌ای مستقل در قراردادهای تلقی نمی‌شود. علاوه بر

استثنائات وارد بر قاعده "Nemo dat" در حقوق انگلستان، معامله به مال غیر ممکن است در اثر عمل خارج از حدود اذن وکیل یا شخصی انجام شود که تظاهر به نمایندگی از سوی صاحب کالا می‌کند (Dalley, 2011: 526). بر خلاف حکم استثنائات فوق‌الذکر که صحت معاملات است، معاملات اخیر قابل تنفیذ توسط مالک می‌باشد. مقررات مربوط به این دست از معاملات از قاعده لاتینی استخراج شده که مقرر می‌دارد:

«رضایت به عمل انجام‌شده، عطف به ماسبق شده و عمل را در حکم عمل اجازه‌دهنده قرار می‌دهد»<sup>۱</sup>.

اشاره به مواد مربوط به فضولی در فصل پنجم باب «عقود و تعهدات به طور کلی» موجب شده است که برخی از حقوق‌دانان، مواد مذکور را از جمله قواعد عمومی قراردادهای دانسته و به تمامی انواع عقود تسری دهند (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۰۲/۲). این گستره معاملات فضولی، سبب توهم تعارض احکام این معاملات با نظم عمومی در نظر برخی از حقوق‌دانان شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳: ۱۲۶). به نظر می‌رسد انتخاب مبنای نامناسب با فلسفه فقهی حقوق مدنی، موجب تعمیم ناروای احکام فضولی به تمامی عقود از جمله عهدی، اذنی و تملیکی شده تا جایی که برخی، جرم‌انگاری معامله مال غیر را از پیشرفت‌های قانون‌گذار ایران می‌دانند (وروابی، ۱۳۸۳: ۳۱۳). در حقوق انگلستان اما توجه به نظم عمومی، تقنین استثنائات وارد بر قاعده "Nemo dat" را ایجاب نمود و جهت جلوگیری از تعمیم رفتارهای مجرمانه، نظریه «نمایندگی ناشی از تنفیذ» را به موارد شبه جرم نیز تسری داد (Burdick, 2000: 145). پیش از این، مطالعات بسیاری راجع به مبانی معامله مال غیر صورت گرفته و آثار بسیاری در این رابطه منتشر شده است که از آن جمله می‌توان به جلد دوم کتاب *حقوق قراردادهای در فقه امامیه* اثر محقق داماد و همکاران ایشان اشاره کرد. علاوه بر آن، امیرناصر کاتوزیان در جلد دوم کتاب *قواعد عمومی قراردادهای مبانی عقد فضولی* پرداخته است. با وجود این در تمامی این آثار، مبنای فقدان رضا برای معاملات فضولی در نظر گرفته شده و از این حیث و البته

1. Omnis rati habitio retrotrahitur et mandato priori aequiparatur.

دامنه‌ای که برای احکام فضولی گسترده‌اند، قابل انتقاد به نظر می‌رسد؛ برای مثال، برخی از نویسندگان با پذیرش نظریه «فقدان رضا»، تنفیذ را یک واقعه حقوقی دانسته‌اند (نقیبی و مغزی نجف‌آبادی، ۱۳۹۸: ۱۳۶).

در نوشتار حاضر اما همان طور که خواهد آمد، جانب نظریه استناد به مالک گرفته شده که در کتاب *منیة الطالب* محقق نائینی به طور مبسوط مورد بررسی قرار گرفته است.

هدف این نوشتار آن است که با انتخاب مبنای مناسب در حقوق ایران و تطبیق آن با موازین فقهی و حقوق انگلستان، نگرش رایج پیرامون کارایی مقررات فضولی را مورد بازبینی قرار دهد. در این راستا ابتدا به نقل و نقد نظرات مشهور راجع به مبنای معامله مال غیر در فقه امامیه، حقوق ایران و حقوق انگلستان پرداخته و پس از انتخاب مبنای مناسب، آثار عملی مترتب بر مبنای منتخب را مورد بررسی قرار خواهیم داد.

## ۱. مبنای معامله مال غیر

برخی از حقوق دانان، منکر وجود تراضی در عقد فضولی شده و گفته‌اند: «عاقده فضولی به علت فقدان مالکیت مبیع، نمی‌تواند قصد نتیجه کند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳: ۱۰۴/۱).

با وجود این، مشهور فقها و اغلب حقوق دانان، قصد انشاء را از امور نوعی می‌دانند که برای تحقق، نیازی به مباشرت مالک ندارد (نجفی، ۱۹۸۱: ۲۷۶/۲۲). این امر در حقوق انگلستان نیز پذیرفته شده است (McKendrick, 2017: 17 & 58). مبنای عدم اشتراط مالکیت در تحقق قصد انشاء در حقوق ایران و انگلستان متفاوت است؛ به این ترتیب که در حقوق ایران، مراحل رضا و قصد از یکدیگر تفکیک شده، قصد انشاء را امری نوعی می‌دانند، ولی در حقوق انگلستان چنین تفکیکی دیده نمی‌شود. در انگلستان قصدی را معتبر می‌دانند که ارادی، آگاهانه و داوطلبانه باشد. فقدان یکی از این عناصر منجر به فقدان قصد، و عیب یکی از آن‌ها موجب معیوب شدن قصد می‌شود (Kim, 2017: 199 & 203). بدیهی است که معاملات وکیل خارج از اذن یا شخصی که مالی را پیدا کرده است، ارادی، آگاهانه و داوطلبانه بوده، فلذا نمی‌تواند به دلیل فقدان



قصد باطل باشد. تفکیک رضا و قصد در فقه امامیه و حقوق ایران، علاوه بر آنکه در تبیین شرط عدم مباشرت مالک راهگشاست، در بررسی نظریه‌های مربوط به مبانی معامله غیر نیز مؤثر است.

یکی از فقهای معاصر، وجود فعل اختیاری را متوقف بر وجود مراحل تصور، تصدیق، عزم و اراده دانسته (غروی نائینی، ۱۴۰۴: ۱۳۱/۱) و سپس به بررسی وحدت اراده با طلب یا تغایر این دو مفهوم می‌پردازد. از نگاه حقوق‌دانان و فلاسفه، تصور از اعمال ارادی نبوده و تصورات، منجر به تصدیق در ذهن شده و تصدیق به عزم می‌انجامد (شهیدی، ۱۳۹۳: ۱۲۹). چنانچه اراده را محصول این روند دانسته و بعد از آن قائل به مرحله‌ای به نام طلب نباشیم، ارادی بودن قصد انشاء بی‌معناست؛ چرا که اراده از کیفیات نفسانی بوده و این کیفیت به طور قهری و به تبع مقدمات خود در نفس تشکیل می‌شود (محسنی، ۱۳۹۰: ۱۴۹). ممکن است ایراد شود که طلب نیز در روند علی و معلولی اراده قرار می‌گیرد و خود معلول اراده خواهد بود. در رد این ایراد می‌توان گفت که هرچند اراده از کیفیات نفسانی است، اما طلب از جمله افعال نفسانی می‌باشد که از آن به حرکت نفس نیز تعبیر می‌شود (غروی نائینی، ۱۴۰۴: ۱۳۱/۱). از این گزاره که «اراده از کیفیات نفسانی است و طلب از جمله افعال نفس می‌باشد»، تغایر در جنس روشن شده و می‌توانیم بگوییم که هر اراده‌ای منجر به طلب نمی‌شود و هر طلبی بر مبنای اراده نیست (منتظری، ۱۴۱۵: ۹۳). با توجه به آنچه گفته شد، اراده از صفات نفس و از امور حقیقی است؛ در حالی که طلب از امور انشایی (به معنای ایجاد ارادی) است (طباطبایی حکیم، ۱۴۰۸: ۱۴۵/۱). همچنین باید دانست که اراده از آن رو که یک کیف نفسانی است، مفهومی مشکک بوده، اما طلب درجات نداشته، یا وجود دارد یا معدوم است. فلذا نمی‌تواند به گذشته یا آینده الحاق شود (غروی نائینی، ۱۴۰۴: ۱۳۶/۱). در حقوق امروز، اراده را هم‌معنای رضا و طلب را به معنای قصد انشاء می‌دانیم (محسنی، ۱۳۹۰: ۱۵۱). از مطالب فوق می‌توان نتیجه گرفت که عقد فضول هرچند فاقد اراده مالک است، اما از این نظر ایرادی نداشته و به قصد انشای فضول محقق می‌شود.

## ۱-۱ نظریه فقدان رضا

شرط لازم جهت وقوع اعمال حقوقی قصد انشاء است. به عقیده بیشتر فقیهان امامیه، معامله فضولی عنصر اساسی و سازنده عقد (قصد) را داشته، اما فاقد عنصر رضایت است (به نقل از: صابری و همکاران، ۱۳۹۲: ۳۱). جهت توجیه چگونگی الحاق رضایت به عقد سابق، دو نظر در فقه و حقوق ایران مطرح شده است؛ یکی اجازه مالک را در تقدیر می‌گیرد، و نظر مشهور اجازه را رضای مالک و به مثابه شرط متأخر به شمار می‌آورد. دلایل و مستندات قائلان به نظریه فقدان رضا را در دو بخش مورد مطالعه و سپس نقد قرار خواهیم داد.

### ۱-۱-۱ اجازه به مثابه رضای تقدیری

مطابق با این نظریه، قانون‌گذار رضایت مالک حین عقد را در تقدیر می‌گیرد. بنابراین چنانچه مالک پس از عقد رضایت بدهد، کاشف از وجود رضایت وی در هنگام عقد خواهد بود (محقق داماد و همکاران، ۱۳۸۹: ۳۳۰/۲). این نظریه بر مبنای کفایت رضای باطنی در نفوذ معامله فضولی استوار است. بنابراین اگر مالک قلباً رضایت به عقد در لحظه وقوع داشته باشد، بر وی امضا کردن عقد واجب خواهد بود (انصاری، ۱۴۱۵: ۳۴۶/۳). یکی از فقهای متأخر، اجازه را در این شرایط به اذن مالک تشبیه نموده که حاکی از رضایت وی به معامله در زمان سابق است (رشتی، ۱۳۱۰: ۱۸۴). ایشان اجازه را رضای ساده مالک دانسته و از همین رو (ایقاع نبودن رد یا اجازه)، قبول بعد از رد را نیز جایز می‌داند (همان). قسمت نخست استنتاج ایشان، مورد قبول ماده ۲۴۷ قانون مدنی قرار نگرفته و با قسمت اخیر آن در ماده ۲۵۰ مخالفت شده است. برخی از فقها به این نظریه تاخته و طرح آن را تنها جهت فرار از ایرادات وارد بر شرط متأخر دانسته‌اند. ایشان از آن جهت این نظر را معلوم‌البطلان می‌دانند که وجود خارجی اجازه را شرط تأثیر نمی‌دانند (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۸: ۹۶/۲). علاوه بر این ایرادات، پذیرش نظریه «اجازه به مثابه رضای تقدیری» مستلزم آن است که معاملات مسبوق به منع فضول باطل باشند و نه غیر نافذ، که این نتیجه حتی بین قائلان به این نظریه محل مناقشه است (محقق داماد، ۱۳۹۴: ۲۴).

## ۱-۲-۱. اجازه به مثابه شرط متأخر

این نظریه را به مشهور فقهای امامیه نسبت داده‌اند (خراطها و سعادت مصطفوی، ۱۳۹۵:

۱۱). قائلان به این نظر معتقدند:

«اجازه بر عقد تعلق پیدا می‌کند و به معنای رضایت بر مضمون عقدی است که پیش از اجازه تحقق یافته است و تنها کمبود آن رضایت است که آن نیز با اجازه تکمیل می‌شود» (باقری اصل، ۱۳۹۳: ۱۲۵).

ایراد عمده‌ای که بر این نظریه وارد شده، عدم امکان تقدم مشروط بر شرط است. برخی از فقها و حقوق‌دانان برای توجیه این ایراد، دنیای واقعی را از دنیای اعتباری تفکیک کرده و از همین رو تقدم مشروط را در شروط شرعی بر خلاف شروط عقلی ممکن دانسته‌اند (منتظری، ۱۴۱۵: ۱۶۵). مخالفان از این جهت تفاوتی بین شرط عقلی و شرعی نمی‌دانند و شرط حقیقی را تنها مقارن یا مقدم بر مشروط می‌دانند (مروج جزایری، ۱۴۱۵: ۱۳۳/۲). یکی از فلاسفه معاصر، متعلق درک را دائر بین دنیای حقیقی و اعتباری می‌داند و ادراکات اعتباری را به دو مرحله پیش از تشکیل اجتماع و پس از آن تقسیم می‌کند (طباطبایی، ۱۳۶۴: ۲۲۷/۲)؛ برای مثال، ادراکاتی از قبیل «تقدم زمانی مشروط بر شرط محال است»، مربوط به مرحله بعد اجتماع می‌شود (همان). نکته آنکه اعتباریات پس از اجتماع، اعتباریات خصوصی بوده که متعلق آن‌ها آفریده‌های آدمی است و تغییر می‌کند (مصلح، ۱۳۹۲: ۳۲). از سوی دیگر، «وجود مشروط پیش از شرط» در فقه عبادی و در بحث وجوب (که امری اعتباری است) سابقه دارد؛ برای مثال، اگر شخصی مطمئن است که در آینده‌ای نزدیک مستطیع می‌شود، وجوب حج وی فعلیت دارد. همین طور است راجع به حکم غسل جنابت نسبت به قبل از فجر در ماه رمضان (فاضل موحدی لنگرانی، ۱۳۸۱: ۳۸۸/۴).

علی‌رغم نظر مشهور، به نظر می‌رسد قانون مدنی «فقدان رضا» را مبنای عقد فضولی ندانسته است؛ چرا که:

الف) ماده ۲۴۷ قانون مدنی رضایت باطنی مالک را جهت تفیذ عقد کافی

ندانسته است.

ب) مطابق با نظریه «رضا به مثابه شرط متأخر»، چنانچه شخصی مالی را «معامله

به عنوان فضولی نماید و بعد معلوم شود که آن مال ملک معامله‌کننده بوده است یا ملک کسی بوده است که معامله‌کننده می‌توانسته است از قبل او ولایتاً یا وکالتاً معامله نماید»، عقد نافذ بوده و نیازی به تنفیذ لاحق ندارد (موسوی خمینی، ۱۳۹۲: ۵۴۳/۱)؛ زیرا معامله‌کننده، مالک بوده و رضایت مالک حین عقد موجود است. بنابراین وجهی برای غیر نافذ دانستن عقد در فرض فوق باقی نمی‌ماند. این نتیجه مغایر منطوق ماده ۲۵۵ قانون مدنی است.

پ) مطابق با نظریه «فقدان رضا»، وجود رضایت جهت استناد آثار عقد به مالک کافی خواهد بود. تالی فاسد این نظریه را می‌توان در مقررات مربوط به وکالت مشاهده کرد. چنانچه رضایت لاحق را در استناد آثار عقد به مالک کافی بدانیم، باید برای رضایت سابق نیز قائل به این قدرت باشیم. می‌دانیم که اعطای نیابت به وکیل، آثار عمل حقوقی وی را منتسب به موکل خواهد کرد. از سوی دیگر می‌دانیم که اعطای نیابت، امری انشایی بوده و نیازمند قصد انشاء است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲: ۸۷). این گزاره که در باب وکالت قانون مدنی نیز پذیرفته شده است، با کافی دانستن رضایت جهت استناد آثار عقد به مالک در تعارض است.

پیش از این دانستیم که در حقوق انگلستان به دلیل عدم تفکیک مرحله قصد از رضایت، نبود رضایت منجر به فقدان قصد خواهد شد. بنابراین عقد فاقد رضایت باطل است. رضایت عاقد ممکن است ناشی از اشتباه در شخصیت طرف عقد، اکراه یا اشتباه در شرایط اساسی عقد باشد که در این صورت بر خلاف ماده ۱۹۹ قانون مدنی ایران، معدوم تلقی شده و موجب بطلان عقد خواهد بود (Chen-Wishart, 2018: 282).

## ۲-۱ نظریه استناد به مالک

یکی از فقهای متأخر در رد آنچه به فائلان «نظریه فقدان رضا» نسبت داده شد، گفته است که رضایت برای نفوذ عقد کافی نبوده و آنچه برای نفوذ عقد لازم است، استناد به مالک می‌باشد (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۲۱۰/۱). ایشان علت عدم نفوذ عقد اکراهی و فضولی را یکسان ندانسته و هرچند در عقد اکراهی، فقدان رضا را جهت حکم به عدم نفوذ می‌پذیرد، اما در مورد عقد فضولی معتقد است که علاوه بر رضای مالک،

استناد عقد به مالک نیز وجود ندارد (همان). توضیح آنکه در عقد اکراهی، رضایت یا به تعبیر برخی از فقها شوق طبعی وجود نداشته، اما طلب از ناحیه مکره موجود است (غروی اصفهانی، ۱۴۱۹: ۳۹/۲)؛ اما در عقد فضولی، روند قهری تشکیل اراده (رضا) در مالک پدیدار نشده و علاوه بر آن، عقد از سوی شخص دیگری انشاء شده است. پرسش این است که در نظریه استناد، آنچه به مالک مستند می‌شود، عقد به عنوان سبب اثر است یا اثر به عنوان مسبب عقد؟ عدم امکان استناد انشاء عقد به مالک واضح است؛ چرا که وقوع عقد، امری حقیقی بوده و نمی‌تواند متعلق قصد انشاء لاحق قرار گیرد. منتقدان این نظریه معتقدند که منظور از استناد، استناد اثر عقد به مالک است و این، تحصیل همان نتیجه‌ای است که در نظریه فقدان رضا حاصل شد؛ چرا که در آنجا نیز با کشف رضایت مالک، اثر عقد به وی مستند می‌شود (موسوی خمینی، ۱۴۱۸: ۴۲۶). این ایراد از آن جهت که اجازه را رضای ساده می‌پندارد و رضا قدرت منتسب ساختن را ندارد، وارد نیست.

نکته قابل توجه در نظریه استناد آن است که در تقابل و معاوضه، تفاوتی بین انشاء فضول، وکیل یا مالک نمی‌بیند؛ زیرا موضوع عقد، مال متعلق به غیر بوده و متعلق تنفیذ نیز مسبب عقد است، نه خود عقد (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۲۱۳/۱). به این ترتیب در نظریه استناد، قدر متیقن آن است که موضوع عقد فضولی باید عین متعلق به غیر باشد. این نتیجه در مواد ۱۹۷ قانون مدنی صراحتاً و در ماده ۲۴۷ به صورت تلویحی مورد تأیید قرار گرفته است. آنچه این نظریه را از نظرات سابق متمایز می‌سازد، این است که در نظریه فقدان رضا، فقها در پی ترمیم عقد بوده و رضایت مالک را به عنوان شرطی متأخر، وارد در عقد کرده یا آن را در تقدیر می‌گرفتند. در نتیجه عقد، کامل و نافذ می‌شد. در نظریه استناد اما عقد به وسیله فضول شکل گرفته و از نظر ساختاری، عقدی کامل به شمار می‌آید؛ البته هنوز به مالک مال مستند نشده و از همین رو در حق وی تأثیری ندارد. در واقع، تنفیذ حکمی شرعی است که باعث انتساب عقد به مالک می‌شود. از این لحاظ، نظریه حاضر به نظریه اداره قرارداد شباهت دارد.

### ۳-۱. نظریه نمایندگی

برخی از حقوق‌دانان راه حل تبیین حکم عدم نفوذ معاملات فضولی را در نظریه «نمایندگی ناشی از تنفیذ» دانسته‌اند. ایشان معتقدند که مالک، صلاحیت لازم را به فضول اعطا می‌کند تا بتواند از طرف مالک اقدام کند و مالک قائم‌مقام او به شمار آید. بنابراین اگر بتوان رضای مالک را در گذشته معتبر دانست، می‌توان این شأن را برای اعطای صلاحیت برای گذشته نیز در نظر گرفت (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۱۳/۲). این نظریه توسط حقوق‌دانان بسیاری مورد انتقاد قرار گرفته و به نظر می‌رسد که با هیچ یک از مبانی حقوقی ایران سازگار نیست (صفایی و همکاران، ۱۳۸۰: ۹۸). ایراد نخست آنکه حتی در صورت صحت، این نظریه نمی‌تواند مبین معاملات فضول برای خود باشد. ایراد دوم در قیاس قائلان به این نظریه بین نظریه تعلق رضا به قبل و اعطای نمایندگی به سابق است. بدیهی است که اثبات سمت نمایندگی به تاریخ مقدم، مستلزم اثبات دو جزء می‌باشد؛ یکی وجود رضای سابق و دیگری اعطای نقش سازندگی نیابت به این رضا (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳: ۷۵/۱). این نظر در فقه نیز ریشه نداشته و برخی از فقها، باب معاملات فضولی را به طور کلی بی‌ربط با وکالت و نمایندگی دانسته‌اند (آل کاشف‌الغطاء، بی‌تا: ۴۸/۴). بر خلاف حقوق ایران و فقه امامیه، در حقوق انگلستان نمایندگی از طریق تنفیذ<sup>۱</sup> و اجازه عمل فضولی، یکی از موارد شناخته‌شده نمایندگی است.<sup>۲</sup> در این حالت در اثر تنفیذ متعاقب مالک، عقد فضول به وی منتسب می‌شود. یکی از قضات انگلستان در توضیح این قاعده می‌نویسد:

«اگر شخصی عملی را برای دیگری انجام دهد و آن را به نام خود واقع نسازد، بلکه برای شخص دیگر انجام دهد، اگرچه اختیار پیشین وجود نداشته است، در صورت تنفیذ، عمل انجام‌شده به عنوان عمل مالک قلمداد می‌شود».<sup>۳</sup>

طرفداران نظریه نمایندگی ناشی از تنفیذ در انگلستان، تا آنجا پیش رفته‌اند که تنفیذ بعد از رد را پذیرفته و آن را به وقتی مانند می‌کنند که مالک در ابتدا از دادن نمایندگی

1. Agency resulting from ratification.

2. Omnis rati habitio retrotrahitur et mandato priori aequiparatur.

3. Stated by Tindal C.J. in Wilson v. Tumman [1843] 6 M&C.

امتناع کرده و سپس اعطای اختیار می‌کند (صفایی و همکاران، ۱۳۸۰: ۹۱). با وجود این، برخی از حقوق‌دانان انگلیسی نیز به عدم تسری تنفیذ مالک به گذشته اشاره کرده، معتقدند که نمایندگی یک توافق است و پذیرش یک طرفه عمل غیر مجاز شخصی به وسیله اصیل نمی‌تواند توافق را ایجاد نماید. مخالفان نظریه نمایندگی ناشی از تنفیذ، قدرت خلاقه تنفیذ را در انتساب آثار نمایندگی به شخص فاقد اختیار می‌دانند، نه ایجاد رابطه نمایندگی (همان: ۸۳).

به نظر می‌رسد حقوق‌دانان داخلی که نظریه نمایندگی را به عنوان مبنای عدم نفوذ معاملات فضولی پذیرفته‌اند، به نظریه نمایندگی ناشی از تنفیذ در حقوق انگلستان توجه داشته‌اند. با این حال، حتی در حقوق انگلستان نیز این نظریه مبنای معاملات است که شخص فضول برای مالک منعقد می‌سازد و نه برای خود. از این رو اغلب حقوق‌دانان انگلیسی معتقدند که چنانچه فضول، قصد خود مبنی بر معامله برای غیر را پنهان کند، معامله قابل تنفیذ توسط مالک نخواهد بود.<sup>۱</sup> در متون حقوقی انگلستان نیز تعیین نام مالک به عنوان موکل یا هر عنوانی که گویای نمایندگی معامله‌کننده باشد، الزامی دانسته شده است (Furmston & Others, 2012: 600). عدم امکان تنفیذ عقودی که توسط فضول با پنهان کردن قصد نمایندگی انجام می‌شود، تصمیم بلندپایه‌ترین نهاد قضایی انگلستان (مجلس اعیان) در سال ۱۹۰۱ میلادی بود که اکثریت قضات آن معتقد بودند:

«در صورتی که قصد نماینده مبنی بر انعقاد قرارداد برای غیر پنهان بماند، قرارداد توسط غیر، قابل تنفیذ نخواهد بود».<sup>۲</sup>

بررسی منابع حقوقی انگلستان، حاکی از تلاش حقوق‌دانان برای ممکن ساختن تنفیذ از جانب فردی است که قصد نمایندگی از جانب او پنهان مانده است (Rochvarg, 1989: 291). برای رسیدن به این نتیجه، نظرات متفاوتی پیرامون چرایی مسئولیت موکل فاش‌شده در صورت تنفیذ و مطابقت آن با طرف فاش‌نشده ارائه گردیده که به بررسی مهم‌ترین آن‌ها خواهیم پرداخت:

1. Saunderson v. Griffiths (1826) 5 B. & C.

2. Keighley Maxted & Co. v. Durant [1901] AC 240, [1900] 1 Q.B. 629 at 630 (C.A.).

الف) نظریه سود - ضرر: مطابق با این نظریه، شخص باید به تعهدات ناشی از قراردادی که مورد تنفیذ وی قرار گرفته است، پایبند باشد؛ چرا که در صورت تنفیذ، از مزایای قرارداد تنفیذ شده سود خواهد برد (Huffcut, 1999: 128). نظریه سود - ضرر در حقوق انگلستان، اصلی مشابه قاعده «من له الغنم فعلیه الغرم» بوده و بسیار کاربردی است (Bevan, 2018: 2).

ب) نظریه شبه جرم: مطابق این نظریه، مجیز مسئول خسارات ناشی از اشتباه طرف معامله است؛ چرا که نماینده او موجب فریب شخص ثالث شده است (Lewis, 1909: 124). ایرادی که بر این نظریه وارد است آنکه فضول همواره وکیل مجیز نیست.

پ) نظریه عوض: برخی دیگر از حقوق دانان معتقدند که جواز رد یا تنفیذ مالک، مبتنی بر حق مالک نسبت به مال خویش است (Rochvarg, 1989: 310). این نظریه هرچند شباهت بسیاری با نظریه تغییر موقعیت دارد، اما دارای تفاوتی اساسی است. نظریه نخست بر تغییر جایگاه ثالث و مالک و در حقیقت بر رابطه ایشان با مال طرف مقابل تکیه دارد؛ اما نظریه عوض بر رابطه مالک با مال خود تأکید می‌کند. به نظر می‌رسد ماده ۱۹۷ قانون مدنی، این نظر را پذیرفته است. قائلان به این نظریه در حقوق انگلستان مدعی‌اند که پذیرفتن جریان تنفیذ در حقوق انگلستان تنها پس از رواج نظریه عوض ممکن شد؛ بنابراین نظریه عوض را باید مبنای امکان تنفیذ مالک بدانیم. بررسی تاریخی رویه قضایی انگلستان مؤید این نظر است (Müller-Freienfels, 1953: 308).

ت) نظریه قانونی نمایندگی مستقل: این نظریه که امروزه در حقوق انگلستان به طور گسترده پذیرفته شده است (Sargent & Rochvarg, 1982: 415)، در سال ۱۹۲۰ میلادی مطرح شد (Seavey, 1920: 880). مطابق با این نظریه، قابلیت تنفیذ عمل نماینده، مطابق با قاعده وکالت بوده و اعتبار خود را با تکیه بر ماهیت وکالت از قانون می‌گیرد. نکته قابل توجه در مورد امکان تنفیذ در حقوق انگلستان، آن است که علاوه بر امکان تنفیذ قراردادها، تنفیذ شبه جرم توسط اشخاص نیز جایز دانسته شده است؛ برای مثال الف

1. Benefit- Burden.



بدون داشتن نمایندگی از ب اقدام به بردن یک بار زغال سنگ برای ج می نماید. در راه و در اثر بی احتیاطی الف در رانندگی، یکی از چراغ های بیرونی کارخانه ج می شکند. ب می تواند این شکسته شدن شیشه ها توسط الف را که به نمایندگی از او تظاهر داشته است، تنفیذ نماید (Burdick, 2000: 145).

امروزه در حقوق انگلستان، تنها عقدی را قابل تنفیذ می دانند که در آن به نمایندگی اقرار (در موارد خارج از حدود اذن) یا تظاهر شده باشد. همچنین اگر وکیل در حدود اذن عملی انجام دهد و نام موکل را فاش نسازد، همراه با موکل مسئول اجرای قرارداد خواهد بود. در فرض دیگر اگر وکیل، خارج از حدود اذن عمل کرده و قصد نمایندگی خود را فاش نساخته باشد، در برابر شخص ثالث مسئول اجرای قرارداد است (Rasmusen, 2001: 34). در حقوق ایران نیز می توان مطابق با نظریه «استناد به مالک»، قرارداد وکیل را در شرایطی که قصد نمایندگی را فاش می کند، از سوی مالک قابل تنفیذ دانست. در صورت عدم افشاء قصد نمایندگی، عقد را تنها در حالتی قابل تنفیذ می دانیم که موضوع آن عین باشد. علی رغم حقوق انگلستان، پذیرش نظریه نمایندگی ناشی از تنفیذ در حقوق ما با موانع و ایرادات جدی روبه روست. مهم ترین ایراد، آن است که عقلاً امکان تسری انشاء نمایندگی به قبل ممتنع است. امر انشایی، یا موجود است یا معدوم، و نمی تواند مانند رضا، قبل یا بعد از قصد وجود بیابد؛ چرا که خود قصد بوده و از اسباب ایجاد می باشد. از همین روست که فقها و حقوق دانان تعلیق در انشاء را محال دانسته اند (محسنی، ۱۳۹۰: ۱۸۰).

#### ۴-۱. نظریه اداره عقد

منظور از اداره عقد آن است که عقد در شرایطی بسته شود که با موازین مورد قبول قانون گذار وفق نمی دهد؛ اما قانون گذار به دلایل مختلف اجتماعی قصد اعلام بطلان آن را ندارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۹۱/۱). در مورد عقد فضولی نیز می توان گفت که عقد فضولی هر چند فاقد تراضی معتبر در عناصر عمومی عقود است، ولی نظر به مصالح معاملات، شارع حکم عدم نفوذ را بر آن بار کرده است. در نظریه های پیشین، سعی بر آن بود تا حتی الامکان اصل مشهور «حاکمیت اراده» رعایت شود؛ اما در این

نظریه، اراده قانون‌گذار در نقش مصحح عقد قرار می‌گیرد (بیرعطایی، ۱۳۸۸: ۱۹). در حقیقت نظریه اداره عقد، دخل و تصرف در عناصر عقود نمی‌کند یا عناصر عمومی و اختصاصی هیچ عقدی را در هم نمی‌ریزد؛ بلکه برای تصحیح عقد فضولی، فقط عقد فضولی را در حکم عقد صحیح (غیر نافذ) می‌شناسد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳: ۳۰۳/۱). با توجه به آنچه گفته شد، قائلان به نظریه اداره عقد، بطلان انتقال مال غیر را پذیرفته‌اند؛ اما معتقدند که قانون‌گذار بنا به مصالح اجتماع، حکم به عدم نفوذ داده است.

در حقوق انگلستان نیز قاعده کلی آن است که هیچ کس نمی‌تواند رابطه‌ای برتر از آنچه خود با مال دارد، به دیگری منتقل نماید. بنابراین نه وکیل می‌تواند بیش از حدود اذن عمل نماید و نه کسی می‌تواند مال دیگری را بدون سمت منتقل نماید. هرچند در ادبیات حقوقی انگلیس، نامی از «اداره عقد» برده نشده است، اما با بررسی نظرات حقوق دانان انگلیسی (Thomas, 2011: 153) می‌توان دریافت که استثنائات وارد بر قاعده "Nemo dat" به دلیل رعایت مصالح اجتماعی برتر توسط قانون‌گذار از جمله رعایت مصلحت خریدار با حسن نیت بوده و این خود حاکی از اعمال نظریه اداره عقد است. عدم تلاش حقوق دانان انگلیسی در تدوین یک نظریه جامع جهت در بر گرفتن مصادیق قاعده "Nemo dat" و استثنا دانستن موارد مجاز خلاف این قاعده توسط قانون‌گذار، دلیل بر این ادعاست که معامله مال غیر در حقوق انگلستان موضوعاً باطل بوده و تنها در برخی موارد معدود و بنا به صلاحدید قانون‌گذار صحیح تلقی شده است.

در ادامه مختصراً به بررسی استثنائات این قاعده در قوانین و رویه قضایی انگلستان می‌پردازیم.

**الف) رابطه قابل ابطال (ماده ۲۵ قانون فروش کالا):** مطابق با این استثنا، خریدار با حسن نیت می‌تواند رابطه‌ای قانونی با مال داشته باشد؛ حتی اگر رابطه فرد واسطه (اعم از دلال، خریدار یا متصرف) قابل ابطال توسط مالک اصلی کالا باشد (Thomas, 2008: 60). ماده ۲۵ قانون فروش کالا، این استثنا را در مواردی جایز می‌داند که دو معامله و انتقال صورت گرفته باشد؛ رابطه نخست بین مالک و فضول و رابطه دوم بین فضول و خریدار با حسن نیت. باید توجه داشت که این استثنا تنها در موارد «قابل ابطال» جریان دارد و نه در موارد باطل. تفاوتی نمی‌کند که این بطلان، ناشی از

شرایط عقد باشد یا ابطال معامله نخست توسط مالک (Sihombing, 1997: 71).

ب) استثنای ناشی از استاپل: حقوق دانان و قضات انگلیسی، استاپل را وضعیتی می‌دانند که مالک کالا در اثر رفتاری که انجام می‌دهد، از اعمال حق نسبت به مال خود ممنوع شده می‌شود.<sup>۱</sup> رفتاری که منجر به استاپل می‌شود، معمولاً رفتاری از سوی مالک است که فضول را در نظر خریدار با حسن نیت، مالک یا نماینده قلمداد می‌کند (Thomas, 2008: 111)؛ مثلاً مالک با حضور در مجلس معامله، فضول را از فروش منع نمی‌کند<sup>۲</sup> یا جایی که فروشنده با امکان اعتراض به تصرف فضول در مال خود، واکنشی به تصرف نشان نمی‌دهد.<sup>۳</sup> به این استثنا در بند ۱ ماده ۲۱ قانون فروش کالا تصریح شده است.

پ) استثنائات ناشی از اعتماد: این استثنائات، ناشی از رفتار مالک در برانگیختن حس اعتماد خریدار با حسن نیت بوده و به چهار دسته تقسیم می‌شود:

۱- فروش توسط نماینده؛ این استثنا در بند ۱ ماده ۲ قانون عاملین (۱۸۸۹) آمده است. به موجب آن، چنانچه نماینده‌ای تجاری با رضایت مالک و به عنوان نماینده تجاری او (نه مستودع یا مستعیر)، کالا را تحت تصرف داشته باشد و آن را به دیگری انتقال دهد، این انتقال صحیح تلقی می‌شود. تفاوت این استثنا با موارد نمایندگی ناشی از تفیذ روشن است. در این استثنا، تصرف کالای مالک شرط بوده و حکم انتقال صحت است، نه عدم نفوذ.

۲- فروش توسط خریدار متصرف؛ ماده ۹ قانون فروش عاملین، فروش کالا را توسط خریداری که هنوز شروط معامله را کاملاً رعایت نکرده است، تحت شرایطی صحیح می‌داند؛ از جمله آنکه خریدار باید با رضایت فروشنده بر کالا تصرف داشته باشد و خریدار دوم نیز باید با حسن نیت، تعهد به تسلیم یا تسلیم را قبول نماید. در این ماده، قانون‌گذار با خریدار، مانند نماینده تجاری برخورد کرده است (Sihombing, 1997: 75). مفاد این ماده در بند ۱ ماده ۲۵ قانون فروش کالا نیز تکرار شده است.

- 
1. Pickard v. Sears [1887] 6 Ad. & E.
  2. Estoppel by negligence.
  3. Estoppel by representation.

۳- فروش توسط فروشنده متصرف؛ ماده ۲۴ قانون فروش کالا، فرض فوق را در مورد فروشنده‌ای که پس از فروش همچنان متصرف کالا باقی مانده است، جاری دانسته؛ با این تفاوت که تصرف فروشنده را منوط به رضایت خریدار نمی‌داند.

۴- استثنای اجاره به شرط تملیک؛ این استثنا در مواد ۲۷ تا ۲۹ قانون اجاره به شرط تملیک (۱۹۶۴)، تنها در مورد وسایل نقلیه موتوری آمده است. این قانون مقرر داشته در صورتی که شخصی در اثر اجاره به شرط تملیک، متصرف وسیله نقلیه‌ای باشد - هرچند هنوز مالک آن کالا نشده است - چنانچه آن را به خریدار با حسن نیتی منتقل نماید، این انتقال صحیح خواهد بود. با وجود این و با توجه به گستره مضیق این ماده، برخی از حقوق دانان آن را استثنایی بر قاعده "Nemo dat" ندانسته و تنها یک حکم استثنایی می‌دانند (Thomas, 2008: 156). این اشکال به موجب رأی توسط مجلس اعیان در سال ۲۰۰۳ تقویت شده است.<sup>۱</sup>

با بررسی استثنائات قاعده "Nemo dat" می‌توان دریافت که قانون‌گذار جهت استحکام روابط تجاری و نظم عمومی، حکم صحت را بر عقود باطل بار کرده است. در فقه و حقوق ایران، موارد بسیاری وجود دارد که قانون‌گذار بر عمل حقوقی‌ای که از نظر ساختاری صحیح نیست، احکامی را بار می‌کند که نه تنها در اراده طرفین نبوده، بلکه ممکن است در تغایر با قصد ایشان باشد. مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت اسناد که هرگونه معامله دال بر شرط را معامله با حق استرداد می‌داند، بارزترین نشانه اداره قرارداد در حقوق ایران است. امتیاز اصلی پذیرش نظریه اداره عقد، فراغ بال قانون‌گذار در تغییر و ایجاد قوانین جدید است. قانون‌گذار بنا به مصالح موجود می‌تواند زمانی عقد فضولی را صحیح و زمانی باطل قلمداد کند. روند تغییر رویکرد فقها از آغاز تا به امروز، راجع به اموری از قبیل لفظی بودن صیغه بیع، عربی بودن آن یا ماضویت لفظ حاکمی از آن است که در فقه نیز ممکن است بستر مناسبی برای گذار از شکل‌گرایی به نظریه‌های جدیدی مثل اداره عقد فراهم گردد (قاسمی، ۱۳۸۸: ۱۳۶). جواز اداره فضولی مال غیر، نمونه بارز اعمال نظریه اداره عقد در حقوق ایران است. اگر مبنای اداره

1. Shogun Finance Ltd v Hudson [2003] UKHL 62.

فضولی را باب حسبه بدانیم، نتیجه می‌گیریم که چنانچه مدیر فضولی، عقد ناقلی را به نمایندگی از غایب منعقد کند، عقد صحیح و نافذ خواهد بود (عامری، ۱۳۸۱: ۵۱). صحت عقد مدیر فضولی از اذن قانون‌گذار ناشی می‌شود و این، نتیجه گرایش قانون‌گذار به اداره عقود است. این رویکرد در ماده ۳۷۲ قانون تجارت و اختیار حق‌العمل‌کار در فروش کالا نیز دیده می‌شود. در حقوق انگلستان، اختیار مستودع یا مدیر فضولی را ذیل نظریه وکالت از روی ضرورت<sup>۱</sup> قرار داده‌اند (Munday, 2010: 91) که بررسی آن، خارج از حوصله این نوشتار است.

علی‌رغم کارایی، نظریه اداره قرارداد با ایراداتی مواجه است. از نظر فنی، این نظریه به مرور می‌تواند مخل ایجاد قواعد عمومی در قراردادها شود و اختیار قانون‌گذاران را در وارد کردن استثنائات غیر ضروری به قواعد بیشتر کند. نمونه این عوارض را در استثنای اجاره به شرط تملیک دیدیم. از منظر تحلیلی باید گفت که حقوق‌دانان نظریه اداره عقد را در مورد عقود به کار می‌برند که علی‌القاعده باطل هستند. پرسش اصلی اینجاست که اگر هیچ اثر حقوقی، زاده اراده طرفین قرارداد نبوده است، قانون‌گذار چگونه می‌تواند این موجود معدوم را صحیح در نظر بگیرد؟ پاسخ این پرسش برای آنان که معتقدند تمامی احکام و قوانین حقوقی، زاده دست قانون‌گذار است، دشوار نیست؛ اما حقیقت آن است که معاملات و احکام آن‌ها، سابق بر قانون‌گذاری و شرع بوده است. بنابراین غیر نافذ دانستن عمل حقوقی باطلی که سابقاً رخ داده، اعتبار کردن امر معدوم به موجود است که البته در صلاحیت قانون‌گذار نیست.

### ۵-۱. جمع‌بندی و انتخاب مبنا

با توجه به تنوع اشکال معامله مال غیر در فقه امامیه، حقوق ایران و حقوق انگلستان، انتخاب مبنای واحد غیر ممکن و غیر ضروری است. از همین رو و با توجه به بررسی‌های فوق، دو مبنای نمایندگی ناشی از تنفیذ و اداره عقد را می‌توان برای معامله مال غیر در حقوق انگلستان برگزید. نظریه نخست در مواردی کارآمد است که فضول، تظاهر به وکالت از جانب مالک کند، و نظریه دوم در مورد استثنائات وارد بر قاعده

1. Agency by necessity.

«Nemo dat» کارگر است. در حقوق ایران و فقه امامیه نیز به نظر می‌رسد که باید بین عقود فضولی مراعی، موقوف و معاملات مال غیر که محکوم به صحت‌اند، تمایز قائل شد. در مورد نخست، نظریه «رضا به مثابه شرط متأخر» و در مورد دوم، «نظریه استناد به مالک» را باید پذیرفت. تفاوت این دو حکم، در تفاوت حکم تنفیذ در مورد عقود مراعی و موقوف است. در عقود مراعی، تنفیذ تنها جنبه ابراز رضایت داشته و امری انشایی تلقی نمی‌شود؛ اما در مورد عقود موقوف، تنفیذ امری انشایی است و این گزاره با نظریه فقدان رضا همخوانی ندارد. این تفصیل در آثار برخی از فقهای معاصر نیز دیده می‌شود (موسوی خویی، ۱۳۷۷: ۱۲/۴). نظریه استناد عقد به مالک، نه تنها ایرادات مطرح پیرامون نظریه فقدان رضا در باب تقدم مشروط بر شرط را ندارد، بلکه با قانونی دانستن حکم تنفیذ و اعطای آن از سوی قانون‌گذار، دربردارنده مزایای نظریه اداره عقد نیز می‌باشد. علاوه بر این، پذیرش نظریه استناد مسبب به مالک، مستلزم آن است که موضوع عقد فضولی را مال متعلق به دیگری بدانیم؛ چرا که در غیر این صورت، مسبب قابلیت استناد به مالک را نخواهد داشت. صورت سوم معاملات نیز مشمول نظریه اداره عقد قرار می‌گیرند؛ چرا که وجود اذن قانون‌گذار برای نفوذ آن‌ها و استناد به مالک کافی دانسته شده است. البته بدیهی است که صورت اخیر، تخصصاً از موضوع معاملات فضولی خارج است و تنها مشمول عنوان معامله مال غیر قرار می‌گیرد؛ چرا که اختیار مدیر فضولی ناشی از اذن قانون‌گذار است. بنابراین در حقوق انگلستان، دو مبنای «نماینده‌گری ناشی از تنفیذ» و «اداره عقد» به فراخور موضوع کارایی بیشتری داشته و در حقوق ایران، نظرات «فقدان رضا»، «استناد به مالک» و «اداره عقد» به ترتیب جهت عقود فضولی مراعی، موقوف و معاملات مال غیر محکوم به صحت، مقبولیت بیشتری دارند.

## ۲. آثار عملی مبنای منتخب

انتخاب مبنای «فقدان رضا» در عقود فضولی مراعی، و «استناد به مالک» در عقود فضولی موقوف، تنها جنبه نظری نداشته و آثار عملی بسیاری بر آن مترتب است که می‌تواند راهگشای بسیاری از پیچیدگی‌های موجود در ساختار قوانین ایران باشد. در ادامه اجماًلاً به بررسی برخی از این آثار خواهیم پرداخت.

## ۱-۲. رد و تنفیذ، امور انشایی یا رضای ساده

در حقوق انگلستان، تنفیذ باعث استناد خود عقد به مالک شده و از این رو، انشایی بودن تنفیذ را می‌توان مانند انشایی بودن عقد وکالت، مسلم دانست. در مورد رد اما مسئله کمی پیچیده است. در حقوق انگلستان، تنفیذ بعد از رد را منشأ اثر می‌دانند (Rochvarg, 1989: 320)؛ بنابراین رد به خودی خود، معامله پیشین را از بین نمی‌برد. یکی از دلایلی که برخی قضات برای درستی تنفیذ بعد از امتناع اصیل مطرح می‌کنند، این است که امتناع از تنفیذ، دقیقاً مانند امتناع از اعطای اختیار است و همان طور که اعطای اختیار پس از امتناع از آن ممکن است، تنفیذ بعد از آن نیز صحیح و معتبر است (صفایی و همکاران، ۱۳۸۰: ۹۱).

در فقه امامیه، برخی از فقها بر این عقیده‌اند که اجازه جنبه انشایی نداشته و تنها اعلام ساده رضایت مالک است (موسوی خمینی، ۱۴۱۸: ۵۴۵). ایشان برای تقویت نظر خویش به آیاتی از قبیل «تَجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» استناد کرده‌اند. برخی دیگر از فقها با تحلیل فلسفی بحث، اجازه را متمم سبب (عقد فضولی) ندانسته و تنها آن را شرط تأثیر سبب می‌دانند. وجه استدلال ایشان به این نحو است که اگر اجازه را متمم سبب بدانیم، امری انشایی خواهد بود؛ ولی اگر رضایت مالک به جریان منشأ و استناد آثار به وی باشد، تنها یک رضای ساده تلقی می‌شود (محقق داماد و همکاران، ۱۳۸۹: ۳۳۵/۲). برخی از حقوق‌دانان نیز با تکیه بر مبانی فلسفی، امکان تسری امر انشایی به گذشته را محال دانسته‌اند (صفار و فتاحی، ۱۳۹۱: ۳۲). شرح این نظریه پیش از این و در قسمت «نظریه فقدان رضا» گذشت. ایراد این استدلال در آن است که معتقدان به انشایی بودن تنفیذ، تنفیذ را ملحق به عقد سابق نمی‌کنند؛ بلکه انشاء را موجب ایجاد یک رابطه بین مالک و آثار عقد سابق می‌دانند. تنفیذ خالق این رابطه است که مربوط به زمان حال است. بنابراین اشکال فوق وارد نخواهد بود. پیش از این دیدیم که فقهای قائل به نظریه «استناد به مالک» جهت تقویت نظر خود، مراحل اراده و طلب را به دقت تفکیک کرده‌اند. برخی از حقوق‌دانان اما بدون توجه به این تلاش دقیق، انشایی دانستن تنفیذ را ناشی از بی‌اعتنایی به تفکیک قصد و رضا دانسته‌اند:

«به کمک یک تحلیل ساده از مقررات مربوط به قصد و رضا در حقوق ما و جدایی نقش و آثار وجود و فقدان هر یک از آن دو، می‌توان به این نتیجه رسید که تنفیذ عقد غیر نافذ، وجود انشایی نداشته و حقیقت آن چیزی جز یک واقعه اعلام دارای آثار حقوقی نیست» (شهیدی، ۱۳۹۱: ۴۳).

در مقابل نظریه رضای ساده بودن تنفیذ، برخی از فقها و حقوق‌دانان اعتقاد به انشایی بودن آن دارند (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۱۰۳). در واقع، اختلاف نظر فقها و حقوق‌دانان را می‌توان در انتخاب مبنای ایشان جهت توجیه حکم عدم نفوذ معامله فضولی دید. آنان که اعتقاد به نظریه فقدان رضا دارند، آن را امری ساده انگاشته، و آنان که حکم عدم فضولی را با نظریه استناد به مالک یا نمایندگی توجیه می‌کنند، قائل به انشایی بودن تنفیذ هستند (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۲۱۰/۱). به نظر می‌رسد با توجه به اختلاف مبانی حکم عدم نفوذ در انتقال مال غیر و انتقال مال موضوع حق غیر که در بالا به آن پرداخته شد، بتوان تنفیذ را در صورت نخست، امری انشایی و در صورت اخیر رضایت ساده به شمار آورد. پیش از این و با بررسی مواد قانون مدنی دیدیم که قانون‌گذار مدنی، گرایش آشکاری به نظریه استناد به مالک در عقود فضولی موقوف دارد. در عقود مراعی از قبیل معامله مال مرهونه، مرتهن هرچند ذی‌حق در مال مرهونه است، اما در صورت تنفیذ، عقد به وی مستند نشده و متعاملین، همان راهن و طرف معامله خواهند بود. بنابراین رضایت ذی‌حق، موجب امر اعتباری جدیدی نشده و انشایی تلقی نمی‌شود.

در انشایی بودن ماهیت رد، تردید جدی وجود ندارد. رد عقد، سبب زوال قابلیت انضمام رضایت به مالک می‌شود و دارای جنبه تأسیسی است (محقق داماد و همکاران، ۱۳۸۹: ۳۶۹/۲). بداهت انشایی بودن رد تا حدی است که برخی از فقها به جای رد از واژه فسخ استفاده کرده‌اند (انصاری، ۱۴۱۵: ۴۲۷/۳). به نظر می‌رسد در مورد ماهیت رد نیز بتوان بین معامله مال غیر و معامله مال متعلق حق غیر، تمایز قائل شد. در صورت نخست، رد ماهیت انشایی دارد؛ اما در مورد اخیر باید دید که آیا طلق بودن مال از شروط معامله است یا متعلق حق غیر بودن از موانع محسوب می‌شود؟ در صورت نخست، رد انشایی بوده و اجازه بعد از آن مؤثر نخواهد بود؛ اما در صورت اخیر، اجازه بعد از رد مؤثر است (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۲: ۲۸۷).



## ۲-۲ موضوع معامله فضولی

بنا بر آنچه گفته شد، در حقوق انگلستان معامله مال غیر توسط فضول چنانچه برای خود او باشد، تنها در موارد استثنائات قاعده "Nemo dat" صحیح بوده و اگر به نمایندگی از دیگری باشد، قابل تنفیذ از سوی غیر، مطابق با نظریه «نمابندگی ناشی از تنفیذ» است. در حقوق ایران و فقه امامیه اما حکم معامله مال غیر بدون اذن، عدم نفوذ است. در این راستا تفاوتی نمی‌کند که فضول برای خود معامله می‌کند یا برای مالک، و هر دو صورت را باید ذیل نظریه «استناد به مالک» توجیه نمود. پس از شناخت مبانی معامله مال غیر و عقود فضولی باید دید که اساساً چه اموری می‌توانند موضوع معاملات مذکور قرار گیرند؟ آیا این معاملات را می‌توان به عقودی که موضوع آن‌ها تعهد یا اذن است نیز تسری داد؟

از بررسی استثنائات مصرح قاعده "Nemo dat" در قوانین فروش کالا و عاملین پیداست که این استثنائات تنها در مورد اموالی جریان می‌یابد که قابل تصرف و مشخص باشد. حقوق دانان کامن‌لا، این استثنائات را تنها در مورد اعیان معین اعمال می‌کنند (Thomas, 2008: 39). این نتیجه منطقی، با نظریه «اداره عقد» و حمایت از خریدار با حسن نیت منطبق است. ماده ۱۹۷ قانون مدنی ایران نیز معامله فضول به مال غیر را به عین اختصاص می‌دهد. بررسی مفاد ماده ۱۹۶ آن قانون، در مقام بیان بودن ماده ۱۹۷ را تقویت می‌کند. توضیح آنکه قسمت اول ماده ۱۹۶ قانون مدنی، وضعیتی را بیان می‌کند که وکیل، قصد نمایندگی خود را فاش نساخته و شخص ثالث پس از معامله با شخصیت جدیدی که واقعاً موکل بوده است، روبه‌رو می‌شود. این ماده، حکم معامله را صحت دانسته و عقد را برای موکل می‌داند. بدیهی است که چنانچه شخصیت وکیل برای طرف قرارداد اهمیت داشته باشد، موضوع ذیل ماده ۲۰۱ قرار گرفته و قرارداد باطل است. بنابراین و با توجه به اهمیت شخصیت طرف عقد در عقود اذنی و عهدی (محسنی، ۱۳۹۰: ۳۹۹)، قسمت اول ماده ۱۹۷ را باید منصرف از این عقود دانست؛ برای مثال، اعمال این ماده راجع به عقد نکاح ممکن نیست. برای توجیه کاربرد قسمت مذکور، برخی حقوق دانان این ماده را ناظر به عقود معاوضی می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۴۵۲/۱)؛ حال آنکه مخالفان به درستی عقود معاوضی را که عوضین یا یکی از آن‌ها کلی در ذمه

باشد، از شمول این ماده خارج و محکوم به بطلان می‌دانند (مروج جزایری، ۱۴۱۶: ۵۶۹/۲). توضیح آنکه مال کلی، امری اعتباری بوده و توسط متعاقدین اعتبار می‌شود؛ بنابراین اگر یکی بر ذمه الف و دیگری بر ذمه ب اعتبار کند، مطابقت بین قصد طرفین موضوعاً منتفی خواهد بود. برخی از حقوق‌دانان معتقدند که اگر در این صورت، طرفین معین نباشند، ملک بدون مالک محقق می‌شود که امری محال است (قنوازی، ۱۳۸۳: ۲۳۸). از آنچه گفته شد می‌توان نتیجه گرفت که فضول یا وکیل اگر مال کلی بر ذمه دیگری را معامله نمایند و سمت یا عدم اهلیت تصرف خود را پنهان نمایند، معامله به جهت عدم تطابق ایجاب و قبول باطل خواهد بود. بنابراین فرض ماده ۱۹۶ قانون مدنی تنها در موردی صادق است که مال متعلق به دیگری، عین معین یا کلی در ذمه باشد. به این نتیجه در ماده ۱۹۷ قانون مدنی تصریح شده است.

فرض فوق را چنین در نظر بگیرید که فضول، قصد خود را برای نمایندگی از غیر فاش می‌سازد و فضول بودن خود را پنهان می‌کند. مطابق با نظریه استناد به مالک، عقدی در عالم خارج، متعلق به شخصی، توسط فضول و اصیل شکل گرفته و این علاقه مورد قصد اصیل نیز بوده است. در اینجا نیز باید پذیریم که امکان تنفیذ توسط مالک وجود دارد؛ اما چنانچه فضول قصد نمایندگی خود را فاش نسازد، این حالت را باید همچون مواد ۱۹۶ و ۱۹۷ در مورد عین معین یا کلی در ذمه مجری دانست. تفاوت حقوق ایران و حقوق انگلستان در این مورد آن است که در حقوق انگلستان، فضول طرف عقد تلقی شده و مسئول اجرای قرارداد است؛ اما در حقوق ایران، اثبات قصد نمایندگی، فضول را از اجرای قرارداد معاف می‌کند، هرچند ممکن است از باب ضمان قهری مسئول شناخته شود.

ماده ۲۴۷ قانون مدنی نیز معاملات فضولی را مربوط به مال غیر می‌داند و نه اذن یا تعهد دیگری. در فقه امامیه، فقها موضوع معاملات فضولی را مال دیگری دانسته و از همین رو بر امکان جریان فضولی در اعیان کلی مناقشه کرده‌اند. برخی عین کلی بدون تعلق به ذمه را مال ندانسته (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۵۳/۱)، فلذا آن را قابل معامله توسط فضول نمی‌دانند (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۲۲۹/۱). در مقابل، آنان که عین کلی پیش از اضافه به ذمه را مال می‌دانند، قائل به جریان فضولی در کلیات هستند (موسوی خمینی، ۱۴۱۸: ۴۶۷).

حق آن است که عین کلی پیش از تعلق به ذمه را مال ندانیم؛ چرا که مفاهیم انتزاعی، فاقد منفعت عقلایی بوده و در نزد عقلا مالیت ندارند. بنابراین محل اختلاف ایشان، موضوع مواد فوق‌الذکر یعنی «مال غیر» بودن موضوع معامله فضولی است. از طرف دیگر، عین بودن موضوع معامله فضولی، در مواردی که فضول برای خود معامله می‌کند، با نظریه «استناد به مالک» همخوانی بیشتری دارد؛ چرا که موضوع عقد، عین متعلق به غیر است و از آن رو که مالک بر مال خود حق دارد، می‌تواند اثر بالقوه عقد را به خود مستند کند؛ وگرنه چه دلیلی دارد سرنوشت عقد را به دست شخصی بسپاریم که عقد برای وی واقع نشده و علاقه‌ای نیز با موضوع عقد ندارد؟ در حقوق انگلستان اما با توجه به نظریه «نمایندگی ناشی از تنفیذ» و تسری قصد انشاء به گذشته، موضوع تنفیذ همانند موضوع وکالت می‌تواند اذن، فعل یا عین متعلق به دیگری باشد.

### ۳-۲. تسری تنفیذ به وقایع حقوقی و اعمال حقوقی ضمن جرم

پیش از این دیدیم که در حقوق انگلستان، برخی از وقایع حقوقی از قبیل شبه جرم قابل تنفیذ است. در حقوق ایران اگر نظریه «فقدان رضا» را به عنوان مبنای عدم نفوذ اعمال فضول بپذیریم، تسری تنفیذ به وقایع حقوقی ممکن نخواهد بود؛ چرا که رضا را به عنوان مرحله پیشینی قصد انشاء معرفی می‌کنند و قصد انشاء، ملازمه با عمل حقوقی بودن فعل فضول دارد. نظریه «استناد به مالک» اما می‌تواند توجیه‌کننده تنفیذ وقایع حقوقی باشد؛ چرا که وقایع حقوقی سبب آثار حقوقی تلقی شده و طبق نظریه فوق، این آثار می‌تواند با قصد مالک به وی منتسب شود. با توجه به وجود وقایع حقوقی قابل تنفیذ در فقه امامیه و حقوق ایران، این نظر تقویت می‌شود؛ برای مثال، ماده ۲۶۰ قانون مدنی قبض فضول را قابل تنفیذ می‌داند؛ این در حالی است که حقوق دانان قبض را واقعه حقوقی می‌دانند و نه عمل حقوقی (صفا، ۱۳۹۱: ۲۶). حقوق دانان در تفسیر حکم ماده ۶۲۱ راجع به اخذ مورد ودیعه به صورت قهری از مستودع، قبول در این ماده را به منزله تنفیذ دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۶۳/۴)؛ حال آنکه بدیهی است که فعل مستودع با توجه به قهری بودن واقعه، عمل حقوق تلقی نمی‌شود. تنفیذ مودع در این ماده، عملی انشایی است که آثار قبض مال مباح توسط مستودع را به وی مستند می‌کند.

قبول نتیجه فوق در حقوق ایران، می‌تواند گامی بلند در تفکیک احکام مربوط به قوانین جزایی از احکام وضعی معاملات باشد. در فقه نیز موارد بسیاری در تفکیک حکم تکلیفی حرمت از حکم وضعی معاملات وجود دارد؛ از جمله حرمت تصرف غاصب در مال دیگری که حکم وضعی معامله وی لزوماً بطلان نیست (انصاری، ۱۴۱۵: ۳/۳۷۱). بنابراین آن گونه که برخی پنداشته‌اند (اصغرزاده بناب، ۱۳۹۳: ۵۶)، بیع فضول برای خود را نمی‌توان به دلیل نهی قانون‌گذار و جرم بودن باطل دانست. این نتیجه را می‌توان به جرائمی از قبیل کلاهبرداری نیز تسری داد. منطقی نیست که دادستان مطابق با ماده ۱۱ قانون آیین دادرسی کیفری و رأی وحدت رویه شماره ۵۲ به معامله‌ای ورود کرده و معامله‌ای را که از نظر قانون مدنی قابل فسخ می‌باشد، باطل اعلام کند. بنابراین جرم کلاهبرداری در مواردی که عمل حقوقی منعقد شده است، ملازمه با فساد آن عمل حقوقی ندارد (زراعت، ۱۳۹۳: ۹۴).

### نتیجه‌گیری

بررسی تطبیقی مبانی معامله مال غیر و معاملات فضولی نشان می‌دهد که این معاملات بر خلاف آنچه برخی پنداشته‌اند، همیشه محل نظم عمومی نبوده و حتی گاهی نظم عمومی، پذیرش چنین معاملاتی را ایجاب می‌کند. به نظر می‌رسد قانون‌گذار مدنی ایران در انتخاب مبانی معامله فضولی موقوف، پیرو نظر فقهای متأخر بوده و نظریه استناد به مالک را پذیرفته است. ایرادات نظریه «فقدان رضا» بر این نظریه وارد نبوده و از سوی دیگر، نظریه استناد به مالک دارای بسیاری از امتیازات نظریه «اداره عقد» می‌باشد. از آثار عملی پذیرش این نظریه، انشایی دانستن رد و تنفیذ، اختصاص معاملات فضول برای خود به عین معین، و تسری امکان تنفیذ به وقایع حقوقی قصدی است. همچنین امکان تنفیذ عقد فضول توسط فردی که عقد برای وی واقع شده است را محدود به مواردی می‌داند که فضول قصد نمایندگی خود را فاش ساخته باشد. در حقوق انگلستان اما انتقال مال غیر برای خود و برای مالک، دارای دو مبنای جداگانه است؛ مورد نخست را استثنائاً صحیح دانسته و بر اساس مبنای «اداره عقد» توجیه می‌کنند. مورد اخیر را اما بر مبنای «نمایندگی ناشی از تنفیذ» قابل تنفیذ

می‌دانند. بررسی احکام و مبانی این دو نظام حقوقی، نشان از قوت استدلال در فقه امامیه و رجحان مبانی موجود در حقوق ایران دارد. از این رو بهتر است که قانون‌گذار جزایی ایران نیز با در نظر گرفتن این منبع شریف، در برخی احکام جرائم علیه اموال، از جمله دخالت مقام قضایی در معاملات سارق و استرداد عین در موارد کلاهبرداری (ماده ۴ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء، اختلاس و کلاهبرداری) و سرقت (ماده ۶۷۷ قانون مجازات اسلامی) تجدیدنظر نماید.

## کتاب‌شناسی

۱. آل کاشف‌الغطاء، محمدحسین بن محمدرضا، *تحریرالمجله*، تحقیق محمد ساعدی، قم، مرکز تحقیقات و الدراسات العلمیه، بی‌تا.
۲. اصغرزاده بناب، مصطفی، *معاملات فضولی و دعاوی ناشی از آن‌ها*، چاپ دوم، تهران، خرسندی، ۱۳۹۳ ش.
۳. انصاری، مرتضی بن محمدامین، *کتاب‌المکاسب*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۴. باقری اصل، حیدر، *آثار عقد بیع*، تبریز، دانشگاه تبریز، ۱۳۹۴ ش.
۵. پیرعطایی، علی، *نظریه اداره قرارداد*، تهران، ققنوس، ۱۳۸۸ ش.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *الفارق (دائرة المعارف عمومی حقوق)*، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۸ ش.
۷. همو، *تأثیر اراده در حقوق مدنی*، چاپ سوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۲ ش.
۸. همو، *دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۸ ش.
۹. همو، *فلسفه حقوق مدنی*، چاپ سوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۳ ش.
۱۰. خراطها، محمدطه، و سیدمصطفی سعادت مصطفوی، «کاشفیت یا ناقصیت اجازه معامله فضولی در فقه امامیه و قانون مدنی ایران»، *مطالعات فقه اسلامی و مباحث حقوقی*، سال دهم، شماره ۳۴، پاییز و زمستان ۱۳۹۵ ش.
۱۱. رشتی، میرزا حبیب‌الله بن محمدعلی، *کتاب‌الاجاره*، قم، نشر مؤلف، ۱۳۱۰ ق.
۱۲. زراعت، عباس، «بررسی رابطه عقد فضولی و انتقال مال غیر»، *فقه و اصول*، سال چهل و ششم، شماره ۹۸، پاییز ۱۳۹۳ ش.
۱۳. شهیدی، مهدی، *اصول قراردادها و تعهدات*، چاپ ششم، تهران، مجد، ۱۳۹۱ ش.
۱۴. همو، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، چاپ دهم، تهران، مجد، ۱۳۹۳ ش.
۱۵. صابری، حسین، محمدرسول آهنگران، و سهند صادقی بهمنی، «باز پژوهشی فقهی - حقوقی پیرامون تفکیک قصد از رضا»، *آموزه‌های فقه مدنی*، دوره پنجم، شماره ۷، بهار و تابستان ۱۳۹۲ ش.
۱۶. صفار، محمدجواد، *قبض و اثر آن در عقود*، تهران، جنگل، ۱۳۸۹ ش.
۱۷. صفار، محمدجواد، و محمد فتاحی، *تفصیح معامله - ماهیت، شرایط، آثار*، تهران، جنگل، ۱۳۹۱ ش.
۱۸. صفایی، سیدحسین، محمدعسی تفرشی، و جلیل قنواتی، «تحلیل نمایندگی ناشی از تفصیح در حقوق انگلیس، اسلام و ایران»، *فصلنامه مدرس علوم انسانی (پژوهش‌های حقوق تطبیقی)*، دوره پنجم، شماره ۴ (پیاپی ۲۱)، زمستان ۱۳۸۰ ش.
۱۹. طباطبایی، سیدمحمدحسین، *اصول فلسفه و روش رئالیسم*، حاشیه مرتضی مطهری، تهران، صدرا، ۱۳۶۴ ش.
۲۰. طباطبایی حکیم، سیدمحسن، *حقائق‌الاصول*، چاپ پنجم، قم، مکتبه بصیرتی، ۱۴۰۸ ق.
۲۱. طباطبایی زدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، *حاشیه‌المکاسب*، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۰ ق.
۲۲. عامری، پرویز، «مبانی اداره مال غیر در حقوق اسلام»، *رهنمون*، شماره ۱، زمستان ۱۳۸۱ ش.
۲۳. غروی اصفهانی (کمپانی)، محمدحسین، *حاشیه‌المکاسب*، تحقیق عباس محمد آل سباع قلیفی، قم، دار المصطفی ع لاجبء التراث، ۱۴۱۹ ق.
۲۴. غروی نائینی، محمدحسین، *فوائد‌الاصول*، تقریر محمدعلی کاظمی خراسانی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۴ ق.

۲۵. همو، *منية الطالب في حاشية المكاسب*، تقرير موسى بن محمد نجفی خوانساری، تهران، المكتبة المحمدية، ۱۳۷۳ ق.
۲۶. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، *اصول فقه شیعه*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم السلام)، ۱۳۸۱ ش.
۲۷. قاسمی، محسن، *شکل‌گرایی در حقوق مدنی*، تهران، میزان، ۱۳۸۸ ش.
۲۸. قنوتی، جلیل، *مطالعه تطبیقی ایجاب و قبول*، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۳ ش.
۲۹. کاتوزیان، امیرناصر، *ایقاع*، چاپ پنجم، تهران، میزان، ۱۳۹۰ ش.
۳۰. همو، *عقود معین*، چاپ ششم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۹ ش.
۳۱. همو، *قواعد عمومی قراردادها*، چاپ هفتم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵ ش.
۳۲. کریمی، عباس، «تلاشی برای ساماندهی نظریه عدم نفوذ مراعی»، *دیدگاه‌های حقوق قضایی*، دوره هفدهم، شماره ۵۸، تابستان ۱۳۹۱ ش.
۳۳. محسنی، سعید، *اشتباه در شخص طرف قرارداد (با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه)*، تهران، دانشگاه امام صادق (علیهم السلام)، ۱۳۹۰ ش.
۳۴. محقق داماد، سیدمصطفی، «وضعیت حقوقی معامله فضولی مسبوق به منع»، *تحقیقات حقوقی*، دوره هجدهم، شماره ۶۹، بهار ۱۳۹۴ ش.
۳۵. محقق داماد، سیدمصطفی، جلیل قنوتی، سیدحسن وحدتی شبیری، و ابراهیم عبدی‌پور فرد، *حقوق قراردادها در فقه امامیه*، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۹ ش.
۳۶. مروج جزایری، سیدمحمدجعفر، *منتهی الدرایة فی توضیح الکفایه*، تقرير دروس محمدکاظم آخوند خراسانی، قم، دار الکتب، ۱۴۱۵ ق.
۳۷. همو، *هدی الطالب فی شرح المكاسب*، قم، دار الکتب، ۱۴۱۶ ق.
۳۸. مصلح، علی اصغر، «اعتبارات علامه طباطبایی، مبنای طرحی فلسفی برای فرهنگ»، *حکمت و فلسفه*، سال نهم، شماره ۴ (پیاپی ۳۶)، زمستان ۱۳۹۲ ش.
۳۹. منتظری، حسینعلی، *نهایة الاصول*، تقرير دروس سیدحسین طباطبایی بروجردی، قم، تفکر، ۱۴۱۵ ق.
۴۰. موسوی بجنوردی، سیدمحمد، *فقه مدنی*، تهران، مجد، ۱۳۸۸ ش.
۴۱. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *تحریر الوسیله*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۹۲ ش.
۴۲. همو، *کتاب البیع*، تقرير محمدحسن قدیری، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸ ق.
۴۳. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، تقرير محمدعلی توحیدی تبریزی، قم، داوری، ۱۳۷۷ ش.
۴۴. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، تحقیق عباس قوچانی، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱ م.
۴۵. نعمت‌اللهی، اسماعیل، «طلق بودن مورد معامله از دیدگاه فقهی و حقوقی»، *حقوق خصوصی*، دانشگاه تهران، دوره دهم، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۲ ش.
۴۶. نقیبی، سیدابوالقاسم، و الهام مغزی نجف‌آبادی، «نظریه واقعه حقوقی بودن ماهیت تنفیذ در فقه و حقوق ایران»، *آموزه‌های فقه مدنی*، دوره یازدهم، شماره ۱۹، بهار و تابستان ۱۳۹۸ ش.
۴۷. وروایی، اکبر، «جرم انتقال مال غیر»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، دانشگاه تهران، دوره شصت و ششم، شماره پیاپی ۵۲۰، زمستان ۱۳۸۳ ش.

48. Bevan, Chris, "The doctrine of benefit and burden: reforming the law of covenants and the numerus clausus 'problem'", *Cambridge Law Journal*, Vol. 77(1), 2018.

49. Burdick, Francis Marion, *The Law of Torts: A Concise Treatise on the Civil Liability at Common Law and Under Modern Statutes for Actionable Wrongs to Person and Property*, Washington, D.C., Beard Books, 2000.
50. Chen-Wishart, Mindy, *Contract Law*, New York, Oxford University Press, 2018.
51. Dalley, Paula J., "A Theory of Agency Law", *University of Pittsburgh Law Review*, Vol. 72(3), 2011.
52. Furmston, Michael Philip & Geoffrey Chevalier Cheshire & Cecil Herbert Stuart Fifoot, *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, New York, Oxford University Press, 2012.
53. Holdsworth, William Searle, *A History of English Law*, Methuen & Company, 1903.
54. Huffcut, Ernest Wilson, *Elements of the Law of Agency*, Washington D.C., Beard Books, 1999.
55. Kim, Nancy S., "Relative Consent and Contract Law", *Nevada Law Journal*, Vol. 18(1), 2017.
56. Lewis, William Draper, "The Liability of the Undisclosed Principal in Contract", *Columbia Law Review*, Vol. 9(2), 1909.
57. McKendrick, Ewan, *Contract Law*, Macmillan International Higher Education, 2017.
58. Müller-Freienfels, Wolfram, "The Undisclosed Principal", *Modern Law Review*, Vol. 16(3), 1953.
59. Munday, Roderick, *Agency: Law and Principles*, New York, Oxford University Press, 2010.
60. Rasmusen, Eric Bennett, "Agency Law and Contract Formation", *Harvard Law and Economics Discussion Paper*, No. 323, 2001.
61. Rochvarg, Arnold, "Ratification and Undisclosed Principals", *McGill Law Journal*, Vol. 34(2), 1989.
62. Sargent, Mark A. & Arnold Rochvarg, "A Reexamination of the Agency Doctrine of Election", *University of Miami Law Review*, Vol. 36(3), 1982.
63. Seavey, Warren A., "The Rationale of Agency", *The Yale Law Journal*, Vol. 29(8), 1920.
64. Sihombing, Judith E., *Goods: Sales and Securities*, Hong Kong, Hong Kong University Press, 1997.
65. Thomas, Sean Rhys, "The Origins of the Factors Acts 1823 and 1825", *The Journal of Legal History*, Vol. 32(2), 2011.
66. Thomas, Sean Rhys, *A comparative analysis of the rule of nemo dat quod non habet and its exceptions in the law of England and Wales and the law of the United States of America*, Manchester, University of Manchester, 2008.



## تصحیح فقهی ضمان تعلیقی؛

### بارویکرد نقد مواد ۶۹۱، ۶۹۹ و ۷۰۰ قانون مدنی\*

- هادی خوش‌نقش<sup>۱</sup>
- محمد ادیبی مهر<sup>۲</sup>

#### چکیده

یکی از بحث‌های چالش‌برانگیز فقهی، مسئله اشتراط تجزیز در عقود است و به ادعای برخی فقیهان، بطلان عقد تعلیقی در فقه شیعه امری اجماعی است. یکی از عقود مهم و پرکاربرد، عقد ضمان است که به نظر بسیاری از فقها، اجماع مذکور در آن جریان داشته و ضمان تعلیقی نیز باطل می‌باشد. از سوی دیگر، برخی فقها با نقد ادله بطلان تعلیق و همچنین استناد به ادله عمومی وفای به عقد، با حکم بطلان به مخالفت پرداخته‌اند. در نظر ایشان، اجماع مدرکی بوده و دلیل اصلی بطلان، «امتناع عقلی» تعلیق در عقود است؛ اما مثال‌های نقض متعدد در فقه، دلیلی بر رد این برهان عقلی است. همچنین صدق عنوان «التزام یا تعهد طرفینی» برای شمولیت ادله عمومی وفای به عقد کافی است و ضمان تعلیقی نیز چنین خصوصیتی را دارا می‌باشد.

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۰/۴ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۲/۱۷.

۱. طلبه سطح چهار حوزه علمیه قم (hadi.khoshnaghsh@gmail.com).

۲. دانشیار پردیس فارابی دانشگاه تهران (نویسنده مسئول) (madiby@ut.ac.ir).

به نظر می‌رسد با بررسی نظریات گوناگون و ادله آن‌ها، ادله بطلان ضمان تعلیقی از استحکام کافی برخوردار نبوده و می‌توان صحت آن را پذیرفت. این حکم در تعدیل و بازنگری مواد ۶۹۱، ۶۹۹ و ۷۰۰ قانون مدنی - که حکم به بطلان ضمان تعلیقی می‌نمایند- کاربرد داشته و از این طریق می‌توان عقد بیمه را به عنوان مصداقی از آن تصحیح نمود.

پژوهش پیش رو با روش توصیفی- تحلیلی و با گردآوری اطلاعات از منابع کتابخانه‌ای و رایانه‌ای و در ادامه با تجزیه و تحلیل این داده‌ها، به بررسی این موضوع پرداخته است.

**واژگان کلیدی:** فقه، عقد، تعلیق، تنجیز، ضمان تعلیقی، قانون مدنی.

### مقدمه

گاهی طرفین معامله، عقد خود را مشروط بر هیچ امری نکرده و آن را در همان لحظه محقق می‌کنند و گاهی نیز اصل معامله، مشروط بر تحقق امر دیگری می‌شود. در عرف نیز نمونه‌های بارزی از این گونه عقود وجود دارد که امروزه با آن روبه‌رو هستیم؛ برای مثال، خریدن محصول یک مزرعه به شرط موافقت بانک با وام خریدار. مسئله تنجیز یا تعلیق عقود در میان فقها نیز به دلیل اهمیت آن مورد امعان نظر قرار گرفته و پیرامون آن سخنان بسیاری گفته شده است. در نگاهی سطحی به کتب فقهی، «تنجیز» یکی از شرایط صحت عقد قلمداد گردیده و عقد معلق، عقدی باطل انگاشته شده است. برخی این حکم را به مشهور فقها نسبت داده و برخی نیز ادعای اجماع نموده‌اند.

یکی از عقود مهم که کاربردهای فراوانی در تسهیل تجارت و داد و ستد در جامعه دارد، عقد ضمان است. در این عقد، شخص سومی عهده‌دار طلب مدیون شده و آن را برای طلبکار ضمانت می‌کند. در مورد این عقد نیز شرایط گوناگونی ذکر کرده‌اند که یکی از این شروط، تنجیز و عدم تعلیق آن می‌باشد. در این موضوع نیز برخی از فقها این شرط را به مشهور نسبت داده و برخی نیز آن را اجماعی دانسته‌اند. در این میان، سید یزدی و چند تن دیگر با خدشه بر ادله لزوم تنجیز، ضمان تعلیقی را عقدی بدون اشکال معرفی نموده‌اند.

از سوی دیگر با توجه به مواد گوناگون قانون مدنی نیز متوجه خواهیم شد که قانون‌گذار راه مشهور فقها را پیموده و چنین ضمانتی را باطل می‌داند. همچنین قانون با تفکیک بین ضمانت و الزام به تأدیه، تعلیق در عنوان دوم را صحیح مقرر می‌نماید. اما با دقت در معاملات نوین مشخص می‌شود که در عمل، چنین حکمی از مرحله عمل دور است و استناد به فتوای مشهور برای تدوین قانون مدنی، موجب پدید آمدن شکافی میان قانون و عمل بدان شده است؛ برای مثال، عقد بیمه - به عنوان یکی از عقود مهم و پرکاربرد در جوامع کنونی - از سوی شرکت بیمه، ضمانتی است که معلق به خسارت احتمالی در آینده شده است. البته برخی بیمه را عقدی مستقل برمی‌شمارند؛ اما به نظر نگارندگان، بیمه عقدی است که به راحتی با ضمان معلق قابل تطبیق است. تحقیق پیش رو با بررسی نظرات فقهی موافق و مخالف، همچنین توصیف و تحلیل این نظریات، در صدد آن است تا به بازنگری در حکم ضمان تعلیقی پردازد. از این رو، مواد ۶۹۱، ۶۹۹ و ۷۰۰ قانون مدنی نیز قابلیت بازنگری و تغییر را خواهند داشت.

## ۱. مفهوم‌شناسی

### ۱-۱. ضمان

این واژه از ریشه «ضمن» و به معنای «الترام» می‌باشد. برخی فقها این کلمه را از ریشه «ضمّ» دانسته‌اند؛ اما حرف «نون» در این واژه از حروف اصلی است و نمی‌تواند مشتق از ریشه مذکور باشد (فیومی مقری، ۱۴۱۴: ۳۶۴/۲؛ طریحی، ۱۳۷۵: ۲۷۵/۶)؛ به ویژه آنکه اصطلاح مسئولیت تضامنی را نیز نمی‌توان مشتق از ریشه «ضمّ» دانست. در اصطلاح نیز این کلمه در معنای لغوی به کار رفته است. بنابراین می‌توان گفت که برای فهم معنای این اصطلاح باید به عرف رجوع کنیم؛ چرا که شارع این لغت را در همان معنای عرفی خود به کار برده است. از این روی با تحلیل عرف می‌توان به این نتیجه دست یافت که ضمان، تعهد اعتباری و اثبات چیزی بر عهده خود به سود شخصی دیگر است (مشکینی، بی‌تا: ۳۵۰). به عبارت دیگر، ضامن یا به صورت قهری و یا با ایجاد التزام برای خود نسبت به دیگری، متعهد به پرداخت چیزی می‌گردد؛ مثلاً

گاهی شخص به مجرد غضب اموال دیگران، تعهد قهری به بازگرداندن آن پیدا می‌کند و گاهی نیز با اعتبار التزام به پرداخت دین شخصی نسبت به شخص دیگر، تعهد به پرداخت آن دین را می‌نماید. در کتب فقهی نیز ضمان، تعریف به تعهدی شده است که از سوی شخص بریء نسبت به مالی داده می‌شود (عاملی جزینی، ۱۴۱۰: ۱۳۵).

### ۲-۱. تعلیق

این کلمه از ریشه «علق» گرفته شده است. «تعلیق، علقه، علاقه، تعلق، معلق» و... از این ریشه مشتق شده‌اند (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۱۰/۲۶۱-۲۶۲). اگرچه برخی این واژه را به معنای «آویختن» ترجمه نموده‌اند (دهخدا، بی‌تا: ۵۹۷۰)، اما با توجه به کاربرد کلمات بالا می‌توان چنین نتیجه گرفت که این واژه و مشتقات آن، به معنای ارتباط خاصی است که بین دو چیز وجود دارد؛ مثلاً علقه و علاقه به معنای محبت خاص بین دو نفر است (حسینی واسطی زبیدی، ۱۴۱۴: ۱۳/۳۴۹). بنابراین می‌توان گفت که این واژه در اصل به معنای رابطه‌ای خاص بین دو یا چند چیز است و با توجه به این معنای اصلی، به معنای دیگری که نزدیک به این معنا هستند، نقل شده است که «آویختن» نیز یکی از این معانی است. زمانی که چیزی را آویزان می‌کنیم، بین شیء آویزان و چیزی که به آن آویزان شده، ارتباط خاصی وجود دارد؛ مثلاً آویختن لباس بر روی بند، ایجاد ارتباط بین دو چیز متباین است. بنابراین تعلیق به معنای آویختن و ایجاد ارتباط بین معلق و معلق علیه است. در اصطلاح، واژه تعلیق در مقابل تنجیز و به معنای وابسته (آویخته) نمودن عقد یا ایقاع به شرطی (معلوم یا ممکن التحقق) به کار می‌رود (مشکینی، بی‌تا: ۱۷۰).

### ۳-۱. انواع تعلیق

تعلیق به چهار صورت قابل تصور است:

۱. شرط حالی و وقوع آن یقینی باشد؛ مثلاً شخصی در روز دوشنبه، هنگام فروش منزل خود چنین بگوید: خانه را به تو فروختم، به شرط آنکه امروز دوشنبه باشد.
۲. شرط استقبالی و وقوع آن یقینی باشد؛ مثلاً خانه را به تو فروختم، به شرط آنکه فردا خورشید طلوع کند.
۳. شرط حالی و وقوع آن ممکن باشد؛ مثلاً اسب را به تو فروختم، به شرط آنکه

حمل (فرزند درون شکم) آن، نر باشد.

۴. شرط استقبالی و وقوع آن ممکن باشد؛ مثلاً خانه را به تو فروختم، به شرط آنکه

فردا باران بیارد (موسوی خوبی، بی تا: ۳/۶۴-۶۵).

به صورت سوم و چهارم «تعلیق بر شرط»، و به صورت دوم «تعلیق بر صفت»

می گویند (عاملی، ۱۴۱۳: ۴۶-۴۷).

### ۴-۱. دین، عین و تفاوت آن‌ها

مال در اصطلاح فقهی، همان معنای عرفی خود را حفظ کرده است و مفهومی

بدیهی می باشد (مشکینی، بی تا: ۴۶۵). مشکینی چنین تعریفی از مال ارائه می دهد:

«مال در اصل به طلا و نقره مملوکه گفته شده، سپس بر هر چیزی از اعیان که به

ملکیت درآید، اطلاق شده است» (همان: ۴۶۶).

با توجه به تعریف بالا می توان گفت مال امر متشخص و خارجی است که مورد میل

و رغبت انسان قرار می گیرد؛ به گونه ای که سعی در تصرف و بهره برداری از آن

می نماید. از این روی فقها بین مال، منفعت و انتفاع تفاوت قائل شده اند (انصاری دزفولی،

۱۴۱۵: ۷-۸).

*لسان العرب* دین را مترادف قرض می داند (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۱۳/۱۶۷-۱۶۸). فیروزآبادی

و فراهیدی نیز دین را به معنای «کُلُّ شَیْءٍ لَمْ یَكُن حَاضِرًا» می دانند (فراهیدی، ۱۴۰۹:

۷۲/۸؛ حسینی واسطی زبیدی، ۱۴۱۴: ۱۸/۲۱۴).

اگرچه در نگاه اول، لغویان در معنای این کلمه اتفاق نظر ندارند، ولی باید گفت که

تمامی معانی بالا به نوعی به یکدیگر مربوط بوده و همپوشانی دارند. اما از جایی که

معنای اصطلاحی این واژه برای ما اهمیت دارد، بحث لغوی را به مجالس وسیع تر

وامی نهیم و به کاوش در معنای اصطلاحی آن می پردازیم.

ابن فهد حلّی در شرح بر کتاب *المختصر النافع*، دین را این گونه تعریف می فرماید:

«دین، امر کلی غیر مشخص است که در ذمه ثابت شده است» (ابن فهد حلّی، ۱۴۰۷:

۲/۴۸۴).

بنابراین عین، امری متشخص و دین، امری کلی است.

## ۲. ضمان تعلیقی در آراء فقها

سید یزدی در کتاب *عروه نگاشته* است که نظر مشهور فقها بر بطلان ضمان تعلیقی است (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۷۶۱/۲). اما با دقت در کتب فقها می‌توان فهمید که بیشتر ایشان در باب ضمان نسبت به شرط تنجیز سخنی به میان نیاورده‌اند. از این روی به نظر می‌رسد که این سخن سید یزدی ناظر به مبنای فقیهان نسبت به تعلیق در اصل عقود بوده باشد که در میان ابواب فقهی پخش شده است. همچنین شیخ انصاری نیز با ذکر کلمات برخی از ایشان در کتاب *مکاسب* چنین بیان می‌دارد که عده‌ای در این زمینه مدعی اجماع هستند (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵: ۱۶۲/۳-۱۶۴).

اما چنان که بیان کردیم، می‌توان تعلیق را به دو صورت تعلیق بر شرط و تعلیق بر وصف تصور نمود. تفصیل نظرات به شرح زیر است:

۱. بطلان تعلیق به صورت مطلق (بر صفت یا شرط) (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۹۵/۳ و ۳۱۷: عاملی جیبی، ۱۴۱۳: ۲۳۹/۵؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۷۷/۱۲).

۲. صحت تعلیق بر صفت و بطلان تعلیق بر شرط (بحرانی آل عصفور، ۱۴۰۵: ۲۳۳/۲۵-۲۳۴؛ موسوی خویی، بی‌تا: ۶۴/۳-۶۵).

۳. صحت تعلیق بر شرط در صورت تحقق آن (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۷/۹؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۱۹۶/۲).

البته محقق خویی صورت اول از فروض چهارگانه تعلیق (شرط حالی و وقوع آن یقینی باشد) را از معقد اجماع خارج و مناقشه را تنها در سه فرض دیگر جاری می‌داند (موسوی خویی، بی‌تا: ۶۵/۳).

در این نوشتار در صدد آن هستیم تا تعلیق را در هر سه صورت تصحیح نماییم. به همین دلیل در بررسی ضمان تعلیقی، به توضیح صورتی می‌پردازیم که شرط، مربوط به آینده و ممکن‌الحصول (فرض چهارم) باشد. بدیهی است که در صورت تصحیح این نوع ضمان، دو فرض دیگر نیز به طریق اولویت تصحیح خواهند شد. البته تصحیح این نوع ضمان در صورتی خواهد بود که شرط محقق شود؛ در غیر این صورت و با عدم تحقق شرط، عقد نیز واقع نخواهد شد و از محل بحث خارج است.

### ۳. بررسی فقهی ضمان تعلیقی

ضمان یا به عین تعلق می‌گیرد و یا به دین. صورت اول مانند جایی است که عین به‌رهن گذاشته‌شده، در دست مرتهن تلف شود. ضمان دین نیز مانند ضمانت ضامن از قرضی که شخصی از نفر سوم می‌گیرد.

#### ۳-۱. ضمان دیون

برای بررسی فقهی ضمان تعلیقی دیون، به دو صورت می‌توان مسئله را مورد واکاوی قرار داد:

۱. دین بر ذمه مدیون ثابت باشد.

۲. دینی بر ذمه مدیون ثابت نباشد.

در صورت دوم نیز دو فرض مطرح می‌شود:

الف) ضامن به دائن امر به دین نماید، دائن نیز قبول کرده و به شخص سومی (مدیون) قرض دهد (مثلاً ضامن به فردی می‌گوید: به شخص سومی قرض بده و من تضمین می‌کنم).

ب) ضامن امر به پرداخت دین نکرده، بلکه تنها در صورت عدم پرداخت مدیون، ضمانت مال را بر عهده بگیرد (مثلاً بگوید: اگر به فلانی قرض بدهی و اگر او پرداخت نکند، من ضامن دین تو هستم).

آیا در تمام این فروض و با توجه به اینکه ضمان در آنها تعلیقی است، عنوان عقد صادق است؟

ابتدا به بررسی فرض اول (ثبوت دین بر ذمه مدیون) می‌پردازیم.

#### فرض اول

سید یزدی در شرط هفتم از شرایط عقد ضمان در کتاب *العروة الوثقی* بر این عقیده است که اگر ضمان معلق بر شرطی باشد، مانند اینکه ضامن بگوید: «من ضامن آنچه هستم که بر عهده فلانی است، به شرط آنکه پدرم اجازه بدهد یا مدیون آن را نپردازد»، اگرچه طبق نظر مشهور، چنین ضمانتی باطل است، اما دلیلی بر بطلان ضمان به نحو

مذکور وجود ندارد؛ زیرا عنوان ضمان بر آن صادق است و عمومات نیز شامل آن می‌شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۷۶۱/۲). ایشان در توضیحاتی کامل‌تر در رساله سؤال و جواب، تعلیق در چنین صوری را تعلیق در مُنْشَأُ برمی‌شمارد که مانع عقلی و عرفی در صحت آن وجود ندارد (همو، ۱۴۱۵: ۳۳۰). همچنین با توجه به استناد ایشان به عموماتی همچون ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ و «المؤمنون عند شروطهم» در تصحیح ضمان ضم ذمه به ذمه (همان: ۲۵۲) می‌توان دریافت که مقصود ایشان از عمومات در بحث حاضر نیز همین ادله است.

### ادله بطلان عقد تعلیقی در فرض اول

#### الف) اجماع

اجماع وجود دارد که در تمامی عقود لازم است که اثر، بلافاصله پس از تحقق عقد ایجاد شود (عاملی جعی، ۱۴۱۶: ۵۳۳).

ابن ادریس نیز در مسئله بطلان عتق در صورت تعلیق آن به مرگ همسر، دلیل بطلان را اجماع برمی‌شمارد. ایشان چنین عقدهای را متفاوت از عقد تدبیر و وصیت دانسته و بر این عقیده است که اگر اجماع بر صحت دو عقد مذکور وجود نداشت، باید حکم به بطلان آن‌ها می‌نمودیم (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۶۴۴/۲). از سخنان این فقیه می‌توان چنین فهمید که هر عقد تعلیقی به دلیل وجود اجماع باطل است؛ مگر عقود -مانند وصیت و تدبیر- که اجماعاً خارج از دایره این اجماع باشند.

#### ب) امتناع عرفی

چنان که گفته شد، به دلیل اجماع، اثر باید بلافاصله پس از تحقق عقد ایجاد شود، در حالی که در عقد مفروض چنین نیست؛ چرا که اثر این عقد، متوقف بر اجازه پدر یا عدم پرداخت دین توسط مدیون است. چنین فرضی مانند آن است که اثر عقدی چند ماه پس از انعقاد آن مترتب شود که خلاف سیره عقلا بوده و امتناع عرفی دارد.

علامه حلی در توضیح این دلیل پس از ذکر فتاوی علمای اهل سنت، دلیل بطلان چنین عقدی را از زبان جوینی چنین نقل می‌کند: دلیل امتناع تعلیق در عقود آن است که تعلیق موجب خروج ایجاب و قبول از نظم متعارف آن گشته و سبب می‌شود که



قبول در آن شرط نباشد. بنابراین با عدم اشتراط قبول، چنین معامله‌ای مانند طلاق (ایقاع) می‌گردد (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۲/۱۷).

میرزای نائینی نیز در بسط این اشکال، تعلیق را به دو صورت تقسیم می‌نماید:  
 ۱. تعلیق در انشا، ۲. تعلیق در مُنشأ.

تعلیق در انشا بدیهی‌البطالان است؛ زیرا انشا دائرمدار وجود و عدم است، مانند ضرب که با ایجاد آن توسط ضارب محقق می‌شود، بنابراین اختلاف مربوط به تعلیق در مُنشأ می‌باشد. در نظر میرزای نائینی تعلیق در مُنشأ ممکن و معقول است و نمونه‌هایی از آن را مانند تدبیر، وصیت و نذر در فقه می‌یابیم. تنها دلیل بطلان چنین تعلیقی، اجماع است که موارد پیش گفته از شمول آن خارج می‌باشد. در نظر ایشان، اجماع مدرکی است.

مدرک اجماع و دلیل بطلان عقد تعلیقی آن است که امور اعتباری محقق شده در عالم اعتبار، با امور تکوینی که در خارج موجود هستند، مقارن می‌باشند؛ مثلاً عقد بیع محقق شده توسط بایع، مقارن با زمان و امور زمانی تکوینی است و عاقد نیز تنها نفس بیع را انشا کرده است، نه بیعی که مقید به زمان و امر زمانی باشد. به عبارت دیگر، متعارف، انشاء نفس بیع است و تقارن این انشا با زمان و زمانیات، مربوط به انشاکننده نیست؛ بلکه امری قهری است، زیرا هر عملی در این دنیا در زمان واقع می‌شود. بنابراین اگر شخصی عقدی را معلق به زمان یا امر زمانی نماید، خلاف متعارف عمل کرده است - به عبارت دیگر، چنین عقدی عرفی نیست - و از تحت عمومات خارج خواهد بود (غروی نائینی، ۱۴۱۳: ۱/۲۹۵).

### ج) امتناع عقلی

تعلیق منافات با انشا دارد؛ زیرا انشا، نوعی ایجاد در عالم اعتبار است و ایجاد، وجود و موجود از یکدیگر جدا نبوده و ذاتاً واحدند و تنها در اعتبار تفاوت دارند. از سوی دیگر، لازمه تعلیق آن است که ایجاد و وجود از هم منفک باشند؛ بنابراین تعلیق، مضر به تحقق انشا بوده و چنین انشایی امتناع عقلی دارد (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۲/۸۵؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۱۳/۲۶۰).

اصفهان‌ی با تبیین دقیق‌تر این دلیل چنین می‌فرماید:

اولاً: انشا به معنای ایجاد بالعرض معنا در نفس الامر به وسیله لفظ است. لفظ واسطه در عروض برای ایجاد معناست؛ زیرا وجود حقیقی لفظ منحصر در وجود خارجی و ذهنی می‌باشد. همچنین بدیهی است که لفظ علت وجود خارجی معنا نیست و این نوع از وجود، مبادی و علل مخصوص خود را دارد؛ مثل وجود خارجی گرما که معلول آتش خارجی است.

ثانیاً: لفظ علت وجود ذهنی معنا نیست؛ زیرا لفظ کیف مسموع بوده و با جعل و اعتبار واضح بین لفظ و معنا ملازمه پدید می‌آید. بنابراین وجود خارجی لفظ، بالذات منتسب به کیف مسموع و بالعرض منتسب به معنا خواهد بود. به عبارت دیگر، انشا ایجاد بالعرض مُنشأً (معنا) است و چون انفکاک ایجاد از موجود (چه ذاتی باشد و چه بالعرض) ممتنع است، پس تخلف انشا از مُنشأً نیز مستحیل خواهد بود.

ثالثاً: ایجاد ملکیت اعتباری به صورت معلق، ایجاد تملیک به صورت حقیقی (به معنای ایجاد اثر بلافاصله پس از مؤثر) نیست، مگر آنکه معلق علیه مباشرةً محقق شود. بنابراین اعتبار معلق مانند مقتضی می‌باشد که به دلیل نبود شرط، هیچ تأثیری ندارد (مانند آتش که مقتضی سوزاندن چوب است، اما به شرط اتصال به آن؛ پس اگر چوب از آتش فاصله داشته باشد، آتش هیچ اثری نسبت به چوب ندارد) (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۲۸۶/۱-۲۸۸).

با توجه به سه مطلب پیشین، انشا از مُنشأً بالعرض نمی‌تواند منفک باشد و انشاء معلق نیز اثری ندارد، پس چنین عقد و اعتباری، امتناع عقلی خواهد داشت.

امام خمینی نیز به سه دلیل بر اشتراط تنجیز در عقود اشاره می‌کند: واجب مشروط به دلیل رجوع قید به هیئت باطل است. وجه بطلان آن یکی از سه مورد زیر می‌باشد:

۱. هیئت دارای معنای حرفی است و معنای حرفی نیز قابلیت تعلیق ندارد؛ زیرا لحاظ معنای حرفی، آلی و فی غیره است و در صورت تعلیق لازم می‌آید تا به صورت مستقل لحاظ گردد که خلف و باطل است.

۲. معنای حرفی، معنای جزئی است و جزئی قابلیت تعلیق و تقیید را ندارد.

۳. هئیت وسیله‌ای برای ایجاد معنای ماده در عالم اعتبار است (مانند ایجاد ماده ضرب) و ایجاد مانند وجود، قابلیت تعلیق ندارد؛ زیرا شیء یا موجود است و یا معدوم، بنابراین ایجاد معنا با لفظ، یا محقق است یا غیر محقق، و در آن تعلیق معنا ندارد (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۳۴۸/۱).

### پاسخ به ادله بطلان فرض اول

سید یزدی به دو دلیل پاسخ می‌گوید. ایشان در مورد اشکال امتناع عقلی، از مثال نقض بهره می‌برد (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۷۶۱/۲)؛ برای مثال، نذر که نیازمند انشاست، می‌تواند معلق بر شرط گردد و تمامی فقها چنین انشایی را پذیرفته‌اند. همچنین وصیتی که موجب تملیک مورث یا آزادسازی عبد گردد نیز می‌تواند معلق باشد. وقوع چنین انشاهای معلق، دلالت بر عدم صحت برهان عقلی بالا دارد؛ چرا که قواعد عقلی تخصیص بردار نیستند.

اجماع نیز از محل بحث خارج است؛ زیرا اجماع دلیل لبی بوده و به قدر متیقن آن اخذ می‌شود، در حالی که قدر متیقن از اجماع مذکور، عقودی هستند که سبب ایجاد ملکیت شوند و عقد ضمان چنین نیست (همان).

بنابراین هر جا که عناوین عقد، التزام طرفینی و تجارت صدق کند، اطلاعات و عموماً شامل آن مورد خواهد شد، اگرچه معلق شده باشد؛ البته به شرط آنکه دلیل خاصی بر لزوم تنجیز وجود نداشته باشد.

امام خمینی در نقد این ادله چنین می‌نگارد:

۱. هر لفظی برای طبیعت معنا وضع شده است و تقیید آن معنا با لحاظ معنای ثانوی استقلالی صورت می‌گیرد. هیئت نیز در معنای مطلق استعمال می‌شود و تقیید، وارد بر لحاظ دیگری از آن معنا می‌شود. بنابراین دو معنا وجود دارد: ۱. طبیعت معنا که لفظ در آن وضع و همچنین استعمال می‌شود. این معنا حرفی است. ۲. لحاظ ثانوی استقلالی از این معنا که تقیید بر آن وارد می‌شود (موسوی خمینی، ۱۴۲۳: ۳۱۷/۱).

۲. هدف اصلی اهل محاوره، ایجاد یا حکایت نسبت میان معانی است. حال اگر در عالم تکوین محکیمات مقید باشند، متکلم با تصور همان امر تکوینی مقید، از همان

امر مقید حکایت می کند و یا آن را ایجاد می نماید. بنابراین الفاظ مانند قالبی برای معنا به کار می روند و در این صورت حتی نیازی به لحاظ ثانوی نیز نمی باشد (همان: ۳۱۸/۱).

۳. تقیید در جزئی حقیقی، به اعتبار حالات و اصناف آن اشکال ندارد (همان).

۴. اعتباریات، احکام وجود حقیقی را ندارند و نباید اعتباریات را با تکوینیات خلط نمود (همان؛ همو، ۱۴۲۱: ۳۴۸/۱).

محقق خوبی نیز در پاسخ به این ادله چنین می فرماید: اعتبار و انشا همان گونه که به امور مطلق تعلق می گیرد، به امور مقید نیز تعلق می گیرد؛ مثلاً گاهی انسان ملکیت مطلق و گاهی ملکیت مقید را انشا می کند که در این صورت تعلیق در اصل انشا نیست، بلکه معتبر (امر اعتباری) معلق شده است. همچنین در این صورت، انفکاکی بین انشا و مُنشأً نیز روی نمی دهد؛ زیرا ملکیت مقیده (مُنشأً) به صورت فعلی حاصل می شود؛ چنان که در وصیت و تدبیر چنین است. ایشان این صور را به واجب مطلق و مشروط تشبیه می نماید. بنابراین در ضمان تعلیقی، تعلیق در مُنشأً است؛ اما هم انشا و هم مُنشأً (ضمان مقیده) بالفعل موجود هستند و تنها ضمان، فعلی نبوده و معلق به شرط می باشد که عقلاً ممتنع نیست (موسوی خوبی، ۱۴۱۸: ۴۰۱/۳۱).

### بررسی بطلان فرض اول

در ایجاد تکوینی، تعلیق معنا ندارد؛ چرا که امر تکوینی یا موجود است یا معدوم. اگر چیزی ایجاد شد، باید موجود هم باشد. به عبارت دیگر، چون ایجاد عین موجود است، در صورتی که علت تامه پدیده ای موجود باشد، بلافاصله معلول آن نیز موجود خواهد بود. اما انشا، امری اعتباری است که ایجاد یا عدم ایجاد آن، وابسته به معتبر می باشد. انشا از سنخ اعتباریات بوده و قواعد امور تکوینی به دلیل تفاوت در سنخیت، در آن جاری نیست، بنابراین استدلال بر امتناع تعلیق در امور تکوینی نمی تواند دلیلی برای بطلان آن در امور اعتباری باشد.

اجماع فقها نیز مستند به ادله ای است که ایشان در میان سخنان خود در ابواب مختلف فقه بیان نموده اند و حداقل احتمال مدرکی بودن آن وجود دارد. بنابراین از این جهت نیز اجماع مخدوش بوده و قابلیت استناد ندارد. محقق خوبی نیز با احتمال

استناد اجماع به دلایل اعتباری مانند امتناع عقلی، اجماع را نمی‌پذیرد (همو، بی‌تا: ۶۶/۳).  
همچنین در توضیح مثال‌های نقض می‌توان گفت:

۱. اگر شخصی به عبد خود بگوید: «أنت حرّ دبر وفاتی» که مقصود از چنین انشایی، آزادی عبد پس از مرگ است، پر واضح است که اثر این انشا بلافاصله پس از عقد محقق نشده است، بلکه منوط به مرگ مولاست، اگرچه تحقق آن در آینده قطعی است. بنابراین در این مثال، انشا معلق به امر قطعی خواهد بود.

۲. اگر شخصی نذر کند که در صورت بهبودی بیماری‌اش، عبدش آزاد گردد، اگرچه تحقق شرط معلوم نیست و احتمال دارد که مریضی او خوب نشود، با این حال، تمامی فقها قبول دارند که چنین نذری صحیح است (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۶۴/۳۵ و ۳۷۷).  
همچنین به نظر می‌آید سخن از بطلان چنین نذری، موجب تخصیص اکثر باشد؛ چرا که بیشتر نذرهای معلق به تحقق میل درونی ناذر است و نذر منجز کمتر اتفاق می‌افتد.

بنابراین می‌توان گفت در همه موارد چنین نیست که اثر عقد باید بلافاصله پس از انعقاد آن محقق گردد، بلکه معتبر می‌تواند تحقق اثر عقد را متوقف بر شروطی قرار دهد. چنین امری در عرف، امری عادی به حساب می‌آید و امتناع عرفی نیز ندارد. پس به مجرد اینکه عنوان عقد و تجارت بر موردی صادق باشد، مشمول عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ خواهد شد، هرچند تحقق اثر آن معلق باشد.

البته شاید در مورد دو مثال نقض، این اشکال مطرح شود که در ماهیت عقد تدبیر، و نذر تعلیق وجود دارد، در حالی که در ماهیت عقد ضمان چنین نیست؛ پس نمی‌توان این دو عقد را به عنوان شاهی برای نقض مطرح کرد.

اما در پاسخ می‌توان گفت که نقطه کانونی بحث در بطلان یا عدم بطلان چنین عقود، امتناع عقلی تعلیق عقد است. بر اساس این مبنا، تعلیق با انشا منافات دارد - چنان که گذشت - و دلیل عقلی نیز تخصیص بردار نیست. بنابراین اگر چنین استحال‌ه‌ای صحیح باشد، در عقود که در ماهیت آن‌ها تعلیق وجود دارد، اشکال مؤکد خواهد بود.

## فرض دوم

هشتمین شرطی که سید یزدی از جانب مشهور در مورد صحت ضمانت بیان کرده است، آن است که دین باید پیش از ضمانت در ذمه مدیون ثابت باشد؛ حال فرقی ندارد که دین مستقر (مانند قرض) باشد یا متزلزل (مانند بیع خیاری). اما ضمانت از کسی که هنوز ذمه‌اش مشغول نشده است، بنا بر نظر مشهور صحیح نیست (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۷۶۲/۲). علامه حلی نیز بر بطلان چنین ضمانتی ادعای اجماع نموده است (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۳۱۱/۱۴) و از سوی دیگر، برخی قداماً حکم به صحت چنین ضمانتی نموده‌اند (ابن جنید اسکافی، ۱۴۱۶: ۲۰۰).

برخی فقها چنین شرطی را در تنافی با بسیاری از فروعی می‌دانند که خود مشهور اعتقاد بر صحت آن‌ها دارند. در این فروع، مشهور با آنکه دینی بر عهده مضمون‌عنه ثابت نیست، پذیرفته‌اند که ضمان صحیح است. ایشان بر این عقیده‌اند که اگر مقتضی برای ثبوت دین حاصل باشد، هرچند سقوط دین فعلی نباشد (بلکه بالقوه باشد)، ضمان صحیح خواهد بود (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۷۶۲/۲؛ گیلانی قمی، ۱۴۱۳: ۴۲۰/۴؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۱۴: ۱۴۲؛ حسینی روحانی، بی‌تا: ۶۳-۶۴)؛ مثلاً با اقدام به نکاح، مقتضی برای ثبوت دین ایجاد می‌شود؛ زیرا با انعقاد عقد نکاح، پرداخت نفقه همسر واجب شده و در صورت عدم پرداخت، به عنوان دین بر ذمه او خواهد آمد (کاشف‌الغطاء نجفی، ۱۴۲۳: ۱۷۵/۳؛ محقق داماد، بی‌تا: ۳۶۵). همچنین عده‌ای برائت گرفتن طیب پیش از عمل طبابت را نیز مانند این نوع ضمان برشمرده‌اند (عاملی جبعی، ۱۴۱۲: ۱۶۴/۲)، اگرچه به نظر این مسئله «ابراء ما لم یجب» است.

سید یزدی این ضمان را مطلقاً مشمول عمومات دانسته و حتی صورتی را که مقتضی دین حاصل نشده باشد، نیز صحیح می‌داند (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۷۶۲/۲)؛ مثل آنکه ضامن به دیگری بگوید: «اگر خودروی کسی را خراب کردی و به آن خسارت وارد نمودی، ضمانت آن بر عهده من است». در این مثال، ضامن نسبت به صاحب خودرو (مضمون‌عنه) متعهد گشته است تا خسارات احتمالی را جبران نماید؛ اگرچه هنوز مقتضای ضمانت (ایجاد خسارت به خودروی دیگری) ایجاد نشده است. این تعهد می‌تواند تبرعی و یا در مقابل مالی باشد که بین ضامن و مدیون قرارداد شده است.

میرزای قمی در پاسخ به سؤالی در مورد ضمانت برادر داماد نسبت به کوتاهی‌های داماد در مورد شروط عقد نکاح، توهم بطلان ضمان ما لم یجب را دفع کرده و چنین می‌نویسد:

«چنان که در "ضمان عهده درک ثمن مبیع" نیز چنین است؛ یعنی هر گاه کسی با ثمن معین به دیگری ملکی بفروشد و ثالثی با این شرط که اگر مبیع مستحق غیر برآید، برای مشتری ضامن شود، صحیح است و ضامن رد ثمن خواهد بود، در حالی که در زمان این معامله و عقد، در ظاهر، ضمان چیزی بر بائع لازم نیست» (گیلانی قمی، ۱۴۱۳: ۴/۴۱۹-۴۲۰).

ایشان در جای دیگر ضمان ما لم یجب را با استناد به عمومات و عدم دلیل بر بطلان آن تصحیح کرده و چنین می‌نگارد:

«پس حکم به اینکه ضمان ما لم یجب، ضمان آنچه در ذمه تعلق نگرفته یا عدم انتقال از ذمه مضمون عنه باطل است، صورتی ندارد» (همان: ۸۵/۳).

امام خمینی نیز در تقریراتی که در مورد مسائل جدید از ایشان منتشر شده است، چند دلیل به شرح زیر برای صحت ضمان ما لم یجب اقامه می‌نماید:

۱. شمول عموماتی همچون ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ و «المؤمنون عند شروطهم».
۲. فتوای فقها به صحت چنین ضمانی در موارد گوناگون و در نتیجه عدم صحت ادعای اجماع.

۳. وجود روایاتی که دلیل بر صحت ضمان ما لم یجب است؛ مانند روایت یعقوب بن شعیب از امام صادق علیه السلام:

«سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ يَبِيعُ لِلْقَوْمِ بِالْأَجْرِ عَلَيْهِ ضَمَانُ مَالِهِمْ. قَالَ: إِذَا طَابَتْ نَفْسُهُ بِدَلِيلِكَ إِنَّمَا أَخَافُ أَنْ يُعَرِّمُوهُ أَكْثَرَ مِمَّا يُصِيبُ عَلَيْهِمْ. فَإِذَا طَابَتْ نَفْسُهُ فَلَا بَأْسَ» (طوسی، ۱۴۰۷: ۱۵۷/۷)؛ از حضرت درباره مردی سؤال کردم که در برابر دستمزدی، کالای دیگران را به فروش می‌رساند، آیا [پیش از عمل] می‌تواند ضامن مال صاحبان کالا گردد؟ حضرت فرمود: اگر خود بدین امر راضی باشد، صحیح است. اگرچه بیم آن می‌رود که صاحبان کالا، بیش از آنچه به او می‌پردازند، غرامتی بر او تحمیل کنند؛ ولی اگر خود به این امر راضی باشد، اشکالی ندارد.

ایشان در نهایت به دلیل وجود مقتضی (عمومات) و نبود مانع، حکم به صحت چنین ضمانتی نموده و عقد بیمه را از همین راه تصحیح می‌نماید (موسوی خمینی و دیگران، بی‌تا: ۲۷/۱-۲۸).

بنابراین چنان که پیش از این بدان اشاره کردیم، هر موردی که صدق عنوان عقد بر آن مورد صحیح و التزام دوطرفه وجود داشته باشد، تحت عمومات قرار گرفته و می‌توان حکم به صحت چنین ضمانتی نمود.

البته در مورد این نوع ضمان می‌توان دو فرض مطرح کرد:

۱. گاهی ضامن به دائن، امر به دین می‌کند و مثلاً می‌گوید: «قرض بده و من ضمانت می‌کنم»، دائن نیز قبول کرده و قرض می‌دهد. در چنین صورتی، صدق عنوان عقد واضح است؛ زیرا در صورت پیشین که حکم به صحت آن شد، مضمون‌له بالفعل طلبکار بوده و ضامن با ایجاد ضمانت (پس از بدهکاری مضمون‌عنه) ذمه خود را مشغول می‌نمود؛ اما در این فرض، هنوز ذمه مضمون‌عنه مشغول نشده و کسی به او قرضی نداده است و این خود ضامن است که امر به پرداخت دین (از سوی مضمون‌له به مضمون‌عنه) نموده و ضمانت او را بر عهده می‌گیرد. لذا صدق عنوان التزام طرفینی و عقد، واضح‌تر از صورت قبل می‌باشد. بنابراین، این صورت مشمول عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ قرار می‌گیرد.

برخی روایات وارد شده مانند «لا طلاق إلا بعد نکاح»، «لا عتق إلا بعد الملك» و «لا صدقة إلا بعد الملك» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۵۰۷/۱۱)، مربوط به موارد خاصی همچون نکاح، عتق و صدقه است و عمومیت مطلب بالا را به چالش نمی‌کشد؛ زیرا این روایات مربوط به جایی است که از اساس عنوان عقد صادق نباشد. مثلاً اگر مردی پیش از ازدواج و انعقاد عقد نکاح، همسر خود را طلاق دهد، بدیهی است که چنین طلاقی صادق نخواهد بود؛ زیرا طلاق متوقف بر علقه زوجیتی است که پیش از آن ایجاد شده است و با نبود این علقه، طلاق موضوعی ندارد تا محقق شود. بنابراین این موارد (طلاق، عتق و صدقه)، ایقاعاتی هستند که نمی‌توانند پس از عقد غیر محقق، واقع شوند و تحقق آن‌ها نیازمند موضوعی است که از پیش و توسط عقود دیگر ایجاد گردد، اما در محل بحث، عنوان عقد و التزام طرفینی صادق است؛ چرا که ضامن با



پذیرش تعهد نسبت به مضمون‌عنه، امر به پرداخت دین احتمالی می‌نماید.

مطلب بالا مؤیدی نیز دارد. توضیح آنکه اگر یکی از افراد حاضر درون کشتی در حال غرق، به دلیل ترس از غرق شدن کشتی، به مالک اجناسی که درون آن است امر کند تا اجناس خود را به دریا بیفکند و در مقابل، ضمانت آن‌ها را بر عهده بگیرد، بین تمامی مسلمانان اجماع وجود دارد که چنین ضمانتی (اگرچه پیش از آن هیچ اشتغال ذمه‌ای وجود نداشته) صحیح است (طوسی، ۱۴۰۷ الف: ۲۷۵/۵). پس در این مسئله به صرف امر ضامن و پذیرش مضمون‌له، ضمانت حاصل می‌شود، اگرچه ذمه‌ای از پیش مشغول نباشد. در مسئله ما نیز همین امر محقق است و اگر در فرض حاضر، فساد چنین ضمانتی را بپذیریم، در مسئله کشتی در حال غرق نیز باید حکم به فساد نماییم، در حالی که هیچ فقیهی فتوا به بطلان چنین ضمانتی نداده است (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۷۷۹/۲). البته برخی فقها، دلیل صحت ضمان در چنین فرعی را ضرورت (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲۴۱/۴)، و برخی حاجت برای حفظ نفس و اجماع (عاملی جبعی، ۱۴۱۲: ۱۶۴/۲) ذکر نموده‌اند. اما طباطبایی حکیم چنین فرعی را ضمان عرفی نامیده و در نهایت نتیجه می‌گیرد که هر چه دارای فایده عقلایی باشد و عرف نیز آن را بپذیرد - حتی اگر ضرورت نداشته باشد - صحیح است (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۳۵۹/۳). به همین جهت، فخرالمحققین صحت این فرض را مرتب بر وجود «فایده» نموده است (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۶۷۵/۴). بنابراین می‌توان گفت که دلیل اجماع بر صحت چنین فرضی، وجود فایده عقلایی بوده و در هر فرض دیگری که چنین فایده‌ای وجود داشته و از مصادیق ضمان ما لم یجب باشد، می‌توان حکم به صحت نمود.

۲. ضامن ضمانت خود را معلق بر وقوع قرض و عدم بازپرداخت مدیون نماید و مثلاً بگوید: «اگر به فلانی قرض دهی و او پرداخت نکند، من ضامن دین تو هستم». در این فرض نیز به نظر می‌آید که عنوان عقد و التزام طرفینی صادق، و از جهتی مانند عقد جعاله باشد. همان‌گونه که در جعاله، جاعل پرداخت جُعل را معلق بر عمل عامل نموده است، در اینجا نیز ضامن، پرداخت وجه ضمانت‌شده را معلق بر عدم پرداخت از سوی مضمون‌عنه می‌نماید. البته در جعاله، جُعل به سود عامل می‌باشد و در ضمانت، چیزی به نفع مقرض نبوده و او تنها چیزی را که قرض داده است، با ضمانت ضامن و

پرداخت او دوباره به دست می‌آورد. اما در هر صورت می‌توان گفت که ضمانت در این فرض، از جهت صدق عنوان عقد و التزام طرفینی مانند جعاله است. بنابراین فرض حاضر نیز مشمول عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ بوده و صحیح است.

### ۲-۳. ضمان اعیان

ضمان اعیان به دو صورت قابل فرض است: ۱. ضمان اعیان مضمونه مانند ضمان مقبوض به عقد فاسد، ۲. ضمان اعیان غیر مضمونه مانند ضمان عینی که ودیعه بوده و بدون تعدی و تفریط تلف شده باشد.

#### ۱-۲-۳. اعیان مضمونه

دو نظر درباره ضمان اعیان مضمونه وجود دارد:

۱. صحت ضمان (صدر، ۱۴۰۱: ۲۴۲-۲۴۱؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۹۰/۲).
۲. عدم صحت ضمان (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۹۴/۹؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۴۰/۲۶-۱۴۱؛ عاملی جعی، ۱۴۱۳: ۱۹۵/۴).

با تصحیح ضمان در اعیان غیر مضمونه می‌توان با قیاس اولویت و یا حداقل با قبول همان دلایل، این ضمان را نیز تصحیح کرد. به همین دلیل، تنها به بررسی اعیان غیر مضمونه می‌پردازیم.

#### ۲-۲-۳. اعیان غیر مضمونه

در مورد ضمان اعیان غیر مضمونه مانند مالی که به عنوان مضاربه، رهن یا ودیعه گذاشته می‌شود، برخی فقها با تعبیر «لا خلاف»، خبر از عدم وجود اختلاف بین شیعه در عدم صحت ضمان آن‌ها داده‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۷۷۷/۲؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۴۱/۲۶). البته «لا خلاف» یعنی کسانی که به بیان این فرع پرداخته‌اند، در این حکم اختلافی ندارند و چه بسا اگر فقهای دیگر این مطلب را بیان می‌کردند، نظر مخالفی را ابراز می‌نمودند. بنابراین از «لا خلاف» اجماع و یا مطابقت حکم شارع با مفاد «لا خلاف» را نمی‌توان کشف نمود. بنابراین در نهایت می‌توان گفت مشهور بر این باورند که اگر مالی به عنوان مضاربه، رهن، ودیعه و... در اختیار دیگری گذاشته شود، شخص دیگر

نمی‌تواند آن را ضمانت کند.

اما عده‌ای از فقها در مقابل مشهور ایستاده و بر حسب عمومات و با تمسک به ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ضمان مذکور را تصحیح نموده‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۷۷۷/۲). توضیح آنکه مثلاً اگر ضامن به مودع بگوید: آنچه را که پیش فلانی ودیعه گذاشتی، من ضامن هستم (در صورت بقاء، عین و در صورت تلف، مثل آن را برمی‌گردانم) و مودع هم قبول کند، در این صورت عنوان عقد صادق است؛ چرا که التزام طرفینی محقق شده است. بنابراین چنین عقدی، مشمول عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ است و تعلیق هم ضرری به صدق عقد نمی‌رساند.

یکی از فقهای معاصر بر این عقیده است که اگر مراد از ضمان در اعیان غیر مضمونه، صرف اشتغال ذمه باشد - که غیر از معنای مصطلح ضمان است - می‌توان آن را با تمسک به عمومات وفای به شرط و عهد تصحیح نمود. در نتیجه هر گاه عین تلف شود، امین ضامن نیست، بلکه ضمان بر عهده کسی است که ضمانت کرده است (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۳۴۸/۱۳).

به نظر می‌رسد که اصل این سخنان قابل پذیرش است. اما چنان که گذشت، برای صدق التزام طرفینی و عقد، نیاز به قبول مضمون‌له نیز وجود دارد. در صورت عدم قبول مضمون‌له، ضمان به صورت ایقاع یا وعد ابتدایی می‌باشد که اجماع بر عدم وجوب التزام به آن است (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵: ۵۶/۶).

#### ۴. ضمان تعلیقی در قوانین موضوعه

ماده ۱۰ قانون مدنی به صراحت بیان می‌دارد کلیه تعهداتی که خلاف صریح قانون نباشد، صحیح است. از سوی دیگر، قانون عقد معلق را به صورت عمومی باطل نمی‌داند، پس می‌توان نتیجه گرفت که عقد معلق صحیح است، مگر آنکه در قانون به خلاف آن تصریح شود.

نظر قریب به اتفاق حقوق دانان نیز بر عدم بطلان عقد تعلیقی است. ایشان دلایل بطلان عقد تعلیقی را همان استدلال‌هایی که پیشتر از زبان فقها ذکر شد، بیان می‌دارند (امامی، ۱۳۸۴: ۱۶۷/۱؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۵۸/۱؛ محقق داماد و دیگران، ۱۳۹۲: ۱۸۰/۱؛ جعفری

لنگرودی، ۱۳۸۶: ۱۲۹۳/۲). اگرچه در این بین، برخی با توجه به نظر مشهور فقها چنین عقودی را باطل می‌دانند (بروجردی عبده، ۱۳۲۹: ۱۵۶).

یکی از موارد استثنا در قانون مدنی، ضمان تعلیقی است که قانون‌گذار حکم به بطلان آن داده است.

ماده ۶۹۹ در مورد ضمان تعلیقی بدین شرح است:

«تعلیق در ضمان مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مدیون نداد، من ضامنم، باطل است، ولی التزام به تأدیه ممکن است معلق باشد».

ماده ۶۹۹ اشاره به بطلان تعلیق ضمان بر شرط دارد. بنابراین اگر اصل ضمانت ضامن معلق گردد، آن ضمانت باطل خواهد بود. اما با توجه به ذیل ماده ۶۹۹، تعلیق التزام به تأدیه اشکالی ندارد. ماده ۷۲۳ نیز به همین موضوع اشاره می‌نماید:

«ممکن است کسی در ضمن عقد لازمی به تأدیه دین دیگری ملتزم شود. در این صورت، تعلیق به التزام مبطل نیست؛ مثل اینکه کسی التزام خود را به تأدیه دین مدیون، معلق به عدم تأدیه او نماید».

بنابراین قانون‌گذار با تفکیک دو عنوان «ضمانت» و «التزام به تأدیه»، احکام جداگانه‌ای برای آن در نظر گرفته است. از این رو، شناسایی تفاوت این دو عنوان امری مهم به نظر می‌رسد.

#### ۴-۱. تفاوت ضمانت و التزام به تأدیه

چنان که گفته شد، منظور از ضمانت در اینجا عقدی است که شخصی، مالی را که بر ذمه دیگری است، بر عهده می‌گیرد. پس ضمانت اولاً عقدی با عنوان مستقل فقهی است و ثانیاً عنصر نقل ذمه در آن مورد نظر است.

در سوی مقابل، التزام به تأدیه مانند ضمانت، عقدی مستقل نیست؛ بلکه صرفاً نوعی تعهد است که از سوی متعاقدین و ضمن عقد دیگری حاصل می‌شود. در تعلیق التزام به تأدیه، اصل عقد معلق نمی‌گردد، بلکه تنها پرداخت (تأدیه) مال تعهدشده معلق می‌شود، بر خلاف تعلیق عقد ضمان.

برای مثال، گاهی ضامن اصل ضمانت خود را معلق به حصول شرطی می‌نماید،

مانند آنکه می‌گوید: اگر مدیون پرداخت نکرد، من ضامن هستم. گاهی نیز ارکان عقد ضمان تکمیل شده و ضامن پرداخت مال مضمون را معلق به شرط می‌نماید، مانند آنکه می‌گوید: من پرداخت می‌کنم، اگر مدیون پرداخت نکرد. پر واضح است که در صورت اول، ضامن اصل ضمانت خویش را معلق به شرط نموده است؛ اما در صورت دوم، تنها پرداخت دین معلق شده است.

خلاصه آنکه بر اساس مواد مذکور از قانون مدنی، ضمان تعلیقی باطل، و با تعلیق التزام به تأدیه متفاوت است؛ اگرچه اصل عقد تعلیقی، صحیح انگاشته شده است. البته ماده ۷۰۰ این قانون تنها در یک صورت، تعلیق اصل ضمان را صحیح می‌داند: «تعلیق ضمان، به شرایط صحت آن مثل اینکه ضامن قید کند که اگر مدیون باشد، من ضامنم، موجب بطلان آن نمی‌شود».

در این ماده، تعلیق ضمان به شروطی که وجود آنها شرط صحت اصل ضمان است، صحیح شمرده شده است.

ماده ۶۹۱ - که اشاره به ضمان ما لم یجب دارد - مقرر می‌دارد:  
«ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است، باطل است».

در نتیجه ضمانت دینی صحیح است که بالفعل ایجاد شده باشد. به عبارت دیگر، یکی از شرایط صحت عقد ضمان، مدیون بودن مضمون‌عنه است. حال در نفس الامر، مضمون‌عنه یا مدیون است و یا مدیون نیست. اگر مدیون باشد که تعلیق این عقد بر شرطی است که معلوم‌الحصول بوده و ضرری به ماهیت انشا وارد نمی‌سازد و می‌توان گفت که به نوعی خارج از بحث حاضر و شروطی است که محتمل‌الحصول هستند (مانند فرض اول از فروض چهارگانه سید خوبی). اگر این شرط در حال محقق نباشد، بدیهی است که عقد ضمان از اصل محقق نشده است. از همین روی قانون‌گذار نیز این مورد خاص را استثنا کرده است.

حال با توجه به آنچه در بخش اول مقاله گذشت، می‌توان گفت که نه تنها ضمان تعلیقی، بلکه ضمان ما لم یجب نیز که در مواد ۶۹۱ و ۶۹۹ تصریح به بطلان آنها شده است، صحیح و نافذ می‌باشد. بنابراین ماده ۷۰۰ قانون مدنی با توجه به تصحیح مطلق

ضمان تعلیقی خصوصیتی ندارد. همچنین میان ضمان تعلیقی و تعلیق التزام به تأدیه از جهت نفوذ نیز تفاوتی وجود ندارد.

برخی حقوق دانان در تصحیح ضمان تعلیقی چنین نگاشته‌اند:

«استدلال کسانی که عقیده به بطلان این نوع از ضمان دارند، دو چیز است: اولاً تأخر اثر ضمان از موقع انشاء عقد، و ثانیاً تعلیق اثر ضمان منافی با انشاست. در صورتی که به عقیده مصنف، این نوع از ضمان هم در نظر عرف ضمان است و موجب انتقال ذمه مضمون‌عنه به ذمه ضامن می‌شود. به هر حال کسانی که این نوع از تعلیق را باطل می‌دانند، تعلیق التزام وفا را مانع نمی‌دانند، در صورتی که تعلیق در التزام وفا هم موجب تعلیق در ضمان می‌شود؛ مثل اینکه گفته شود من ضامنم اگر پولی برای من رسید تا دو ماه دیگر بپردازم. این نوع از تعلیق را که راجع به اداء دین است نه نفس ضمان، مبطل ضمان ندانسته‌اند» (حائری، ۱۳۷۶: ۶۲۶/۲).

برخی دیگر در تصحیح عقود غیر مضمونه مانند عاریه و ودیعه که در زمان عقد ضمان سبب مسئولیت (تعدی و تفریط) ایجاد نشده است، به ماده ۱۰ قانون مدنی و همچنین «پذیرش منطق ساده اجتماع» استناد کرده و از این رهگذر به صورتی ضمان ما لم یجب را پذیرفته‌اند (امامی، ۱۳۸۴: ۲۶۱/۲).

در قانون نیز مثال‌های نقضی برای چنین ضمان‌هایی موجود است؛ برای نمونه، شوهر می‌تواند نسبت به نفقه آینده زن ضمانت کند؛ ضمان از تعهد جاعل پیش از انجام دادن کار موضوع قرارداد نیز صحیح است یا ضمان حسن انجام قرارداد پیمانکار در مورد جبران خسارت صاحبکار نافذ است (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۴۴۷).

### نتیجه‌گیری

ضمان تعلیقی به دو صورت قابل فرض است؛ گاهی دین بر ذمه مدیون ثابت است و گاهی هیچ دینی بر ذمه مدیون ثابت نیست. در صورت اول، به دو دلیل حکم به بطلان چنین ضمانتی شده است؛ امتناع عقلی و اجماع. در مورد دلیل عقلی می‌توان گفت که اساساً بین عقلاً چنین عقود (مثل نذر و...) رایج است و از جایی که دلیل عقلی تخصیص‌بردار نیست، این برهان با مثال نقض باطل می‌شود. اجماع نیز مدرکی

بوده و حجیت ندارد؛ چرا که ادله‌ای که مدعیان اجماع به آن تمسک کرده‌اند، در اختیار ما قرار دارد و حداقل اجماع محتمل‌المدرکی خواهد بود.

همچنین به صورت کلی‌تر می‌توان گفت که هر جا عنوان عقد و تجارت صدق کند، اطلاعات و عمومات صحت عقد مانند «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» شامل آن شده و تا دلیلی مخصص آن را خارج نکند، حکم به صحت آن می‌شود. ضمان تعلیقی نیز این‌گونه بوده و دلیل مخصصی وجود ندارد.

اما صورت دوم نیز با توجه به نکته کلی و عدم تحقق اجماع ثابت است؛ زیرا این صورت نیز مشمول عنوان عقد و التزام طرفینی شده و مخصصی نیز وجود ندارد. بنابراین ضمان تعلیقی در هر صورت صحیح، و حکم به بطلان آن ناصحیح می‌باشد. همچنین ضمان آنچه دلیل آن هنوز به وجود نیامده نیز صحیح است. مواد ۶۹۱، ۶۹۹ و ۷۰۰ قانون مدنی را نیز که حکم به بطلان چنین ضمان‌هایی کرده‌اند، می‌توان مورد بازنگری قرار داد. بدین منظور صدق عنوان التزام طرفینی در صدق عنوان ضمان کافی بوده و با توجه به آنچه طرفین توافق می‌کنند، عقد منعقد می‌شود. این التزام می‌تواند مجانی و یا در مقابل عوض باشد. ضمانت آنچه وقوعش در آینده محتمل است نیز با توجه به توافق طرفین صحیح و الزام‌آور می‌باشد. بنابراین میان تعلیق التزام به تأدیه، تعلیق به شرایط صحت ضمان و تعلیق به غیر آن تفاوتی وجود ندارد. از این رو، مواد ۶۹۱ و ۷۰۰ عملاً بلااثر، و ماده ۶۹۹ نیازمند بازنگری کلی خواهد بود.

کتاب شناسی

۱. ابن ادریس حلّی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۲. ابن جنید اسکافی، محمد بن احمد کاتب بغدادی، *مجموعه فتاوی ابن جنید*، تصحیح علی پناه اشتهاردی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۳. ابن فهد حلّی، جمال‌الدین احمد بن محمد اسدی، *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۴. ابن منظور افریقی مصری، ابوالفضل جمال‌الدین محمد بن مکرم، *لسان العرب*، تحقیق جمال‌الدین میردامادی، چاپ سوم، بیروت، دار صادر، ۱۴۱۴ ق.
۵. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، چاپ هجدهم، تهران، کتاب‌فروشی اسلامی، ۱۳۸۴ ش.
۶. انصاری، مرتضی بن محمدامین، *کتاب مکاسب*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۷. بحرانی آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۸. بروجرودی عبده، محمد، *حقوق مدنی*، تهران، کتاب‌فروشی علمی، ۱۳۲۹ ش.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، چاپ سوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶ ش.
۱۰. حائری (شاه‌باغ)، سیدعلی، *شرح قانون مدنی*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶ ش.
۱۱. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، قم، مؤسسه آل‌البتین، ۱۴۰۹ ق.
۱۲. حسینی روحانی قمی، سیدمحمدصادق، *المسائل المستحدثة*، قم، بی‌نا، بی‌تا.
۱۳. حسینی مراغی، سید میرعبدالفتاح بن علی، *العناوین الفقهیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۱۴. حسینی واسطی زبیدی، سیدمحمدمرتضی بن محمد، *تاج العروس من جواهر القاموس*، تحقیق علی شیری، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۴ ق.
۱۵. دهخدا، علی‌اکبر، *لغت‌نامه دهخدا*، تهران، مؤسسه لغت‌نامه دهخدا، بی‌تا.
۱۶. صدر، سیدمحمدباقر، *البنک اللاربوی فی الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار التعارف للمطبوعات، ۱۴۰۱ ق.
۱۷. طباطبایی حکیم، سیدمحسن، *مستمسک العروة الوثقی*، قم، دار التفسیر، ۱۴۱۶ ق.
۱۸. طباطبایی زدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، *العروة الوثقی*، چاپ دوم، بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹ ق.
۱۹. همو، *سؤال و جواب*، تهران، مرکز نشر العلوم الاسلامی، ۱۴۱۵ ق.
۲۰. طریحی، فخرالدین بن محمد، *مجمع البحرین*، چاپ سوم، تهران، کتاب‌فروشی مرتضوی، ۱۳۷۵ ش.
۲۱. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *التخلاف*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق. (الف)
۲۲. همو، *المبسوط فی فقه الامامیه*، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضویة لآثار الجعفریة، ۱۳۸۷ ق.
۲۳. همو، *تهذیب الاحکام*، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق. (ب)
۲۴. عاملی، یاسین عیسی، *الاصطلاحات الفقهیة فی الرسائل العملیه*، بیروت، دار البلاغة للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۳ ق.



۲۵. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، *الروضه البهیه فی شرح اللمعة الدمشقیه*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۲ ق.
۲۶. همو، *تمهید القواعد الاصولیه و العربیه*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۲۷. همو، *مسائل الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۲۸. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین مکی، *اللمعة الدمشقیه فی فقه الامامیه*، بیروت، دار التراث - الدار الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۲۹. علامه حلّی، ابومنصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *تذکره الفقهاء*، قم، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام)، ۱۴۱۴ ق.
۳۰. غروی اصفهانی (کمپانی)، محمدحسین، *حاشیه کتاب المکاسب*، قم، انوار الهدی، ۱۴۱۸ ق.
۳۱. غروی نائینی، میرزا محمدحسین، *المکاسب و البیع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۳۲. فخرالمحققین حلّی، ابوطالب محمد بن حسن بن یوسف، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق.
۳۳. فراهیدی، خلیل بن احمد، *کتاب العین*، چاپ دوم، قم، هجرت، ۱۴۰۹ ق.
۳۴. فیومی مقری، احمد بن محمد بن علی، *المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی*، چاپ دوم، قم، دار الهجره، ۱۴۱۴ ق.
۳۵. کاتوزیان، ناصر، *قانون مدنی در نظم حقوق کنونی*، چاپ بیست و سوم، تهران، میزان، ۱۳۸۸ ش.
۳۶. همو، *قواعد عمومی قراردادها*، چاپ هفتم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵ ش.
۳۷. کاشف الغطاء نجفی، احمد بن علی بن محمد رضا، *سفینه النجاة و مشکاة الهدی و مصباح السعادات*، نجف اشرف، مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۳ ق.
۳۸. کرکی عاملی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۳۹. گیلانی قمی، میرزا ابوالقاسم بن محمدحسن، *جامع الشتات فی اجوبه السؤالات*، تهران، کیهان، ۱۴۱۳ ق.
۴۰. محقق اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان الی احکام الایمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۴۱. محقق حلّی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۴۲. محقق داماد، سیدمصطفی، *بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن*، قم، مرکز نشر علوم اسلامی، بی تا.
۴۳. محقق داماد، سیدمصطفی، *جلیل فتاوی*، سیدحسن وحدتی شبیری، و ابراهیم عبدی پور فرد، *حقوق قراردادها در فقه امامیه*، چاپ پنجم، تهران، سمت، ۱۳۹۲ ش.
۴۴. مشکینی، میرزا علی، *مصطلحات الفقه*، بی جا، بی تا، بی تا.
۴۵. موسوی اردبیلی، سیدعبدالکریم، *فقه الشریکه و کتاب التأمین*، قم، مکتبه امیرالمؤمنین (علیه السلام) - دار العلم مفید، ۱۴۱۴ ق.
۴۶. موسوی خمینی، سیدروح الله، *تهذیب الاصول*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۳ ق.
۴۷. همو، *کتاب البیع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.

۴۸. موسوی خمینی، سیدروح الله، و دیگران، *مجله فقه اهل بیت (علیهم السلام)*؛ بررسی چند مسئله مستحدثه، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام)، شماره اول، بی تا.
۴۹. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، تقریر محمدعلی توحیدی تبریزی، بی جا، بی نا، بی تا.
۵۰. همو، *موسوعة الامام الخوئی*، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۱۸ ق.
۵۱. موسوی سبزواری، سیدعبدالاعلی، *مهذب الاحکام فی بیان الحلال والحرام*، چاپ چهارم، قم، مؤسسه المنار - دفتر معظم له، ۱۴۱۳ ق.
۵۲. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.

## تأثیر اعمال تحریم توسط کشورهای طرف موافقت‌نامه برجام در اجرای قراردادهای بالادستی بین‌المللی نفتی از دیدگاه نظام حقوقی ایران\*

- فرهاد روهنی<sup>۱</sup>
- سید نصرالله ابراهیمی<sup>۲</sup>
- مجتبی زاهدیان<sup>۳</sup>
- سید محسن حسینی پویا<sup>۴</sup>

### چکیده

نقض موافقت‌نامه برجام در اثر خروج و یا ادعای نقض آن و در نتیجه اعمال مجدد تحریم‌ها، آیا منجر به معافیت یا تعلیق قراردادهای صنعت نفت در حوزه بالادستی می‌شود؟ اینکه اعمال تحریم از مصادیق قوه قاهره و یا دشواری اجرای

---

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۱/۲۳ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۲/۱۷.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق، واحد نیشابور، دانشگاه آزاد اسلامی، نیشابور، ایران (rohanyfarhad@yahoo.com).
۲. دانشیار و عضو هیئت علمی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران (نویسنده مسئول) (snebrahimi@ut.ac.ir).
۳. استادیار گروه حقوق، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران (zahedian.mojtaba@yahoo.com).
۴. استادیار گروه حقوق، واحد نیشابور، دانشگاه آزاد اسلامی، نیشابور، ایران (m.hoseini.p@gmail.com).

قرارداد محسوب شود، موضوعی مورد اختلاف است. شرط اساسی وقوع قوه قاهره، قابل پیش‌بینی بودن حادثه و غیر قابل کنترل بودن است. مطابق با مفاد بندهای ۱۴ و ۱۵ قطعنامه ۲۲۳۱ شورای امنیت، تحریم‌های اعمال‌شده نسبت به قراردادهایی مؤثر است که بعد از تاریخ تحریم منعقد شده باشد. صرف وقوع تحریم نمی‌تواند منجر به وقوع قوه قاهره گردد؛ زیرا چنانچه تحریم قابل پیش‌بینی باشد، از مصادیق قوه قاهره نمی‌باشد. در این صورت ممکن است گفته شود که تحریم از مصادیق دشواری اجرای قرارداد تلقی شود. در مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ تعذر اجرای قرارداد مورد اشاره قرار گرفته و در حقوق ایران پذیرفته شده است. لکن آنچه که در مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی بیان شده است، صرفاً ناظر بر تعذر اجرای قرارداد در نتیجه تلف شدن مادی موضوع تعهد است که به سبب قوه قاهره حادث می‌شود که در قراردادهای نفتی، تلف مادی محقق نشده است؛ زیرا این نوع از قراردادهای نفتی مستمر است. به همین دلیل در اصلاحیه اخیر تحت عنوان «مقررات ناظر بر انعقاد و اجرای قراردادهای نفتی» صراحتاً بیان شده که در هنگام تنظیم قرارداد باید بندهای ۱۴ و ۱۵ قطعنامه ۲۲۳۱ رعایت شود. این موضوع دلالت بر این دارد که تحریم دیگر به عنوان یکی از مصادیق قوه قاهره در قراردادهای بالادستی صنعت نفت تلقی نخواهد شد. بنابراین مقتضی است تحریم از مصادیق دشواری اجرای قرارداد تلقی گردد که منجر به تعدیل قرارداد خواهد شد.

**واژگان کلیدی:** تحریم، موافقت‌نامه برجام، قراردادهای بالادستی نفتی، قوه قاهره، دشواری اجرای قرارداد.

### مقدمه

بعد از انعقاد موافقت‌نامه برجام بین ایران و کشورهای ۱+۵ و ایجاد تعهدات برای طرفین و پیش‌بینی ضمانت اجرای نقض برجام که در مقدمه آن، ارجاع موضوع به کمیته حل اختلاف پیش‌بینی شده است که در صورت اثبات تخلف، اعمال مجدد تحریم‌ها را در بر دارد و این نقض یا در اثر خروج کشورهای عضو است یا در اثر اثبات عدم رعایت مقررات برجام، که در نهایت اثبات نقض برجام نیز باید در شورای پیش‌بینی شده در موافقت‌نامه برجام مورد بررسی قرار گیرد و در صورت تأیید تخلف از سوی شورای مذکور، منجر به اعمال تمام تحریم‌های شورای امنیت به استناد قطعنامه

شماره ۲۲۳۱ خواهد شد. از طرفی اصل لزوم قراردادهای در همه نظام‌های حقوقی پذیرفته شده است که به موجب این اصل، طرفین قرارداد باید به مفاد تراضی خود پایبند باشند و خروج از این شرایط قابل قبول نیست و نقض برجام از سوی کشورهای طرف برجام منجر به اعمال تحریم‌ها می‌شود. تحریم به عنوان یک حادثه خارجی ممکن است مانع اجرای قرارداد و در نتیجه منجر به معافیت در اجرای قرارداد شود. از طرفی به لحاظ حقوقی، قراردادهای نفتی قراردادهای استراتژیکی هستند که به دو قسمت عمده بالادستی و پایین‌دستی تقسیم می‌شوند. قراردادهای بالادستی در اثر سرمایه‌گذاری کشورهای خارجی با ایران در سه حوزه اکتشاف، توسعه و استخراج که به موجب قانون تعریف شده است، با بیع متقابل آغاز و در نهایت با قراردادهای نسل چهارم معروف به ipc تکمیل شده است. با توجه به تحولات قراردادهای نفتی در مقررات جدید ایران که منجر به تدوین قراردادهای بالادستی نفتی معروف به ipc شده و از طرفی نقض موافقت‌نامه برجام از ناحیه کشورهای عضو آن همانند آمریکا و احتمال مجدد اعمال تحریم از ناحیه این کشور یا حسب مورد از ناحیه شورای امنیت به استناد قطعنامه ۲۲۳۱ نسبت به کشورهای طرف قرارداد با ایران، چه اثری ایجاد می‌کند؟ آیا موجب عدم اجرای قرارداد می‌شود؟ و آیا کشورهای طرف قرارداد با ایران مکلف به اجرای تعهدات خود در چارچوب مفاد برجام می‌باشند یا اینکه اصولاً چنین تحریمی به منزله تحقق فورس‌ماژور<sup>۲</sup> خواهد بود؟ با وجود تحریم‌هایی که در اثر نقض برجام اعمال می‌شود، چه وضعیتی در اجرای قراردادهای نفتی که بعد از انعقاد برجام تا زمان خروج و نقض آن منعقد شده است، ایجاد می‌شود؟ پاسخ به این سؤالات، مستلزم بررسی مفهوم موافقت‌نامه برجام و ماهیت آن می‌باشد.

در این نوشتار ابتدا به بررسی مفهوم برجام و ماهیت آن پرداخته شده، سپس نقض برجام و مفهوم تحریم<sup>۳</sup> و تقسیم‌بندی آن مورد بررسی قرار می‌گیرد و در نهایت به بررسی آثار و تبعات و ضمانت اجرای نقض برجام و قطعنامه ۲۲۳۱ شورای امنیت خواهیم

1. IPC: Iran Petroleum Contract.
2. Force majeure.
3. Sanction.

پرداخت. وضع جدید تحریم‌ها منجر به تحقق تعذر یا تعسر خواهد شد و از آنجا که در مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی، اثر تعذر در اجرای قرارداد عنوان شده که ناظر بر تلف موضوع قرارداد است، لکن چون تحریم‌ها قابل پیش‌بینی است، نمی‌تواند به عنوان تعذر محسوب شود. بنابراین اعمال تحریم‌ها توسط ایالات متحده آمریکا در اجرای قراردادهای بین‌المللی نفتی ایران، در شمار مصادیق فورس‌ماژور محسوب نمی‌شود؛ بلکه از مصادیق دشواری (هاردشیپ) تلقی می‌گردد و اصولاً نهاد قانون‌گذاری در ایران در اصلاحیه اخیر خود تمهیداتی را برای مقابله با اعمال تحریم‌ها در مقررات داخلی پیش‌بینی نموده است که به بررسی آن می‌پردازیم.

### ۱. مفهوم برجام

برجام در تاریخ ۱۴ ژوئیه ۲۰۱۵ بین ایران و شش کشور قدرتمند جهانی در خصوص مذاکرات در مورد برنامه هسته‌ای ایران که از سال ۲۰۰۶ آغاز شده بود، در قالب برنامه جامع اقدام مشترک<sup>۱</sup> تشکیل گردید (ارغوانی پیرسلامی، ۱۳۹۶: ۴۸). در واقع، برجام اقدام مشترک و توافق چندجانبه بین‌المللی در موضوع فعالیت‌های هسته‌ای بین ایران و پنج عضو دائم شورای امنیت سازمان ملل به اضافه آلمان است (بامری، ۱۳۹۷: ۳۰). این توافق به لحاظ ماهیت و موضوع و شکل، یکی از نادرترین توافقات بین‌المللی است. به موجب مندرجات برجام، در چارچوب اختیاراتی که به تیم مذاکره‌کننده اعطا شده بود تا مذاکره در حوزه هسته‌ای صورت گیرد، تحریم‌های اقتصادی و مالی مرتبط با موضوع هسته‌ای رفع شد.

#### ۱-۱. رابطه قطعنامه شماره ۲۲۳۱ شورای امنیت با برجام

قطعنامه و برجام دو ساختار جداگانه و ماهیت متفاوت دارد و یکی از دلایل این موضوع، مفاد بند ۱۸ قطعنامه ۲۲۳۱ شورای امنیت است که اعلام نموده است مفاد این قطعنامه به منزله مفاد برجام نیست. هدف از تصویب این قطعنامه، تأیید مفاد برجام و خاتمه دادن به قطعنامه‌های تحریمی و ایجاد محدودیت‌های خاص از جمله محدودیت‌های نظامی است؛ زیرا در حالت کلی، هدف اصلی قطعنامه، رفع تحریم در زمینه اجرای

1. The joint comprehensive plan of action (jcpoa).

برجام است و معیار اینکه برجام سند توافق حقوقی باشد یا غیر آن، قصد طرفین است. بنابراین برجام یک موافقت‌نامه سیاسی و نزاکتی است. می‌توان گفت که چون برجام به شورای امنیت برده شده، سندی یک‌جانبه و وابسته به سازمان ملل است. ادبیاتی که برای برجام پیش‌بینی شده است، با ساختار حقوقی تصویب معاهدات متفاوت است.

شورای امنیت با تصویب قطعنامه ۲۲۳۱ اشعار می‌دارد که هر بخش از برجام، بخشی از قطعنامه شورای امنیت است و این سند، بخشی از اعتبار خود را از قطعنامه شورای امنیت می‌گیرد و به همین دلیل، لازم نیست که آن را معاهده تلقی نمود. توافق برجام بر مبنای حقوق بین‌الملل منعقد شده است؛ اما طرفین مناقشه هیچ‌گاه به معاهده بودن آن اشاره نکرده‌اند. بند ۶ برجام به اصول منشور ملل متحد اشاره کرده و تأکید دارد که برجام در چارچوب اصول منشور است (ملاکریمی و جلالی، ۱۳۹۶: ۴). در نهایت می‌توان نتیجه گرفت که برجام موافقت‌نامه بین‌المللی نزاکتی است و قطعنامه شورای امنیت اثری جداگانه دارد و نقض قطعنامه به نقض برنامه جامع اقدام مشترک نیست؛ اما نقض مندرجات برجام، نقض قطعنامه است و خروج از برجام با توجه به تحلیل قطعنامه ۲۲۳۱ شورای امنیت به منزله نقض است. به بیان دیگر، نقض قطعنامه به منزله نقض برجام نیست، اما نقض برجام محتمل است که به معنای نقض قطعنامه و برجام باشد؛ با این توضیح که تصویب قطعنامه ۲۲۳۱ شورای امنیت، منجر به تعلیق ۷ قطعنامه تحریمی شده است که این هفت قطعنامه تحریمی عبارت‌اند از: ۱۸۳۵، ۱۷۴۷، ۱۸۰۳، ۱۶۹۶ و ۱۷۳۷. بنابراین نقض برجام از ناحیه کشور عضو به منزله خاتمه دادن تمام تحریم‌ها علیه جمهوری اسلامی ایران است (دلخوش، ۱۳۹۶: ۳). مفاد برجام در بخش حقوقی آن در پاره‌ای موارد با اجبار و بعضاً مبهم است. بر اساس بند ۳ برجام، قراردادهایی که میان ایران و اشخاص ایرانی با طرف دیگر پیش از تاریخ اعمال آن‌ها امضا شده باشد، دارای اثر نیست. قطعنامه ۲۲۳۱ متذکر می‌شود که بازگشت‌پذیری تحریم‌ها در صورت اجرا نکردن برجام، به قراردادهای تجاری از طریق قراردادهای نفتی بین ایران و اشخاص حقوقی و حقیقی خللی وارد نمی‌کند. در خصوص قراردادهای تجاری به طریق قراردادهای مشمول این مسئولیت خواهند شد که منطبق با برجام و قطعنامه‌های قبلی شورای امنیت باشد (ملاکریمی و جلالی، ۱۳۹۶: ۴).

## ۲. مفهوم تحریم

در پاسخ به این سؤال که آیا تحریم و خروج از برجام و اعمال تحریم را در گروه فورس‌ماژور یا غیر آن قرار دهیم؟ ابتدا باید مفهوم تحریم را از دیدگاه حقوق بین‌الملل مورد بررسی قرار دهیم (ضیایی و تلبا، ۱۳۹۴: ۲۲) تا ببینیم که آیا ریسک‌ها در قراردادهای نفتی مشمول فورس‌ماژور می‌شود یا خیر؟ تحریم عبارت است از اقدامات سیاسی، اقتصادی یا نظامی که از طریق سیستم دسته‌جمعی بر علیه ناقضان حقوق بین‌الملل اعمال می‌شود (همان). قراردادهای نفتی در حوزه بالادستی به دلایل شرایط خاص ممکن است با ریسک‌های متعددی مواجه باشند. ریسک اجتماعی، سیاسی و اقتصادی، تغییرات قیمت دلار، تغییرات اقلیمی و شرایط سیاسی، همگی ریسک‌هایی هستند که ممکن است اجرای قراردادهای نفتی با آن‌ها مواجه شود (ابراهیمی و جواندل جانانلو، ۱۳۹۴: ۳۷). حال آیا تحریم‌های ناشی از نقض برجام که به عنوان ریسک سیاسی قراردادهای نفتی مطرح است، منجر به معافیت اجرای قرارداد خواهد شد؟ آیا تحریم یک کشور می‌تواند ریسکی را ایجاد کند که منجر به اعمال و قرار گرفتن در فورس‌ماژور گردد؟ در ابتدا به تقسیم‌بندی تحریم و سپس به بررسی مصادیق تعذر و تعسر پرداخته می‌شود.

### ۱-۲. مفهوم فقهی تحریم

تحریم در مقابل تحلیل، به معنای حرام قرار دادن چیزی است، و حرام در مقابل حلال، چیزی است که مکلف ملزم به ترک آن است. از این رو، تحریم یا تحلیل چیزی، شأن شارع مقدس است؛ زیرا او تنها عالم به مصالح و مفاسد واقعی اشیاء است (جعفری ملایر، ۱۳۹۵: ۱۶).

### ۲-۲. تلقی تحریم در قراردادهای بالادستی نفتی ایران به عنوان قوه قاهره

(تعذر)

عده‌ای معتقدند که تحریم به عنوان یک حادثه پیش‌بینی نشده و غیر قابل دفع تلقی می‌شود. بنابراین با وقوع آن، استناد متعهد به فورس‌ماژور قابل قبول است و منجر به ایجاد تعلیق، و اگر وقوع حادثه طولانی باشد، منجر به ایجاد معافیت می‌شود. لذا ابتدا



مفهوم قوه قاهره و شرایط تحقق آن مورد بررسی قرار می‌گیرد. جهت ورود به این موضوع، ابتدا مفهوم لغوی قوه قاهره را تعریف نموده و سپس اصطلاح آن را مورد بررسی قرار می‌دهیم

### ۳. مفهوم لغوی قوه قاهره

قوه در لغت به معانی متعدد از جمله: قدرت، انرژی، آمادگی ذهنی، استعداد، و با عبارت «شدید القوی» به کار رفته است. واژه قهر نیز در لغت با عباراتی نظیر «الغلبة والأخذ من فوق الطريق التذلیل» (فیومی مقری، بی‌تا: ۵۱۸/۲) یعنی غلبه و چیره شدن نیروی بالاتر) و «قهره (قهرًا) غلبه فهو القاهر» در همین معانی به کار برده شده است.

#### ۳-۱. مفهوم اصطلاحی

علاوه بر حقوق موضوعه، به جهت سابقه طولانی این موضوع در فقه، به بررسی این اصطلاح در فقه و حقوق داخلی پرداخته می‌شود

#### ۳-۱-۱. در حقوق ایران

واژه فورس ماژور که به قوه قاهره یا قوه قهریه ترجمه شده است، اصطلاحی در حقوق فرانسه است که ظاهراً نخست در قانون مدنی فرانسه (کد ناپلئون) به کار رفته است که به معنای یک حادثه است و ترکیب این دو کلمه در معنای نیروی بزرگ غیر قابل مقاومت یا حادثه‌ای که نمی‌شود از آن جلوگیری کرد، به کار می‌رود (حاتمی، ۱۳۸۷: ۶۱). در حقوق ایران نیز که اصولاً متأثر از حقوق فرانسه است، این نهاد با نام اصلی خود یعنی فورس ماژور یا با معادل‌هایی نظیر قوه قهریه و قوه قاهره، وارد قوانین شده است. همان گونه که گاهی نیز بدون استفاده از این عنوان تنها به بیان ارکان و نتایج آن بسنده کرده‌اند.<sup>۱</sup> مقصود از قوه قاهره یا آفت ناگهانی، تنها حوادث قهری و طبیعی نیست و مفهومی وسیع‌تر دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۲۹۰/۲) که بر اساس ماده ۲۲۹

۱. ماده ۱۵۰ قانون دریایی: «الف- در صورتی که کشتی نتواند به علت قوه قهریه از بندر خارج شود، قرارداد اجاره برای مدت متعارف به قوت خود باقی می‌ماند و خسارت ناشی از تأخیر در حرکت کشتی قابل مطالبه نخواهد بود».

قانون مدنی، از آن به عنوان حوادث پیش‌بینی نشده نام برده شده است. قوه قهریه در حقوق بین‌الملل نیز پذیرفته شده است که عبارت است از حالتی اجتناب‌ناپذیر که در شرایط خاص ایجاد می‌شود و یا ناشی از رویدادهای خارجی می‌باشد که مانع ایجاد شده و موجب می‌گردد یک طرف معاهده امکان اجرای تعهدات بین‌المللی خود را نداشته باشد و باید از مقررات حقوق بین‌المللی پیروی نمایند و در نتیجه فورس‌ماژور، معافیت از مسئولیت بین‌المللی را برای کشور یا سازمان بین‌المللی که دچار حالت فورس‌ماژور شده و قادر به اجرای قرارداد یا معاهده نمی‌باشد، به همراه خواهد داشت (صفایی اصل، ۱۳۷۷: ۲۷).

### ۲-۱-۳. در فقه امامیه

فقه اسلامی به ویژه فقه امامیه، گنجینه‌ای بس عظیم و شگفت‌انگیز است که تحسین هر دانشمند جویای عدالت را برمی‌انگیزد و به راحتی می‌توان ادعا کرد که کمتر مسئله‌ای از دید فقهای نامدار مخفی مانده است و ابعاد و مصادیق قوه قاهره با عنوان‌های متعددی چون آفت من الله، آفت سماوی<sup>۱</sup> (نجفی، ۱۹۸۱: ۱۵۷/۲۳)، اسباب قهریه سماویه عظام و عذر خاص (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۱۲۹/۴)، حدوث مانع، تلف و اتلاف (موسوی خویی، بی‌تا: ۲۰۷/۱)، حوادث طبیعی یا قهری (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶: ۲۸۱)، دخالت اجنبی، تخلف از اجرای عقد، تعذر وفای به عقد و تلف قبل از قبض (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۱۲۹/۴) در کلمات فقها مطرح شده است. مهم‌ترین مباحث مربوط به قوه قاهره در فقه را باید تحت عنوان عذر جستجو کرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳: ۲۸۷/۱). برخی در مورد اینکه چرا فقهای اسلامی درباره این موضوع، نظریه‌ای منسجم، جامع و یک‌جا ارائه نداده است، دلایلی ذکر می‌کنند؛ از جمله اینکه منشأ پیدایش، استقلال و رشد این نظریه در حقوق غرب، تکیه فراوان آن‌ها بر حفظ منافع فردی و در نتیجه نیروی الزام‌آور عقد بوده است. آن‌ها مشاهده کردند که این پافشاری گاه با علتی ناسازگار است و لذا برای حفظ نظام اجتماعی به دامن نظریاتی چون حوادث غیر مترقبه

۱. مثلاً برخی از فقها گفته‌اند که اگر مبیع قبل از تسلیم به مشتری در اثر آفت سماوی تلف شود، از مال بایع است.

پناه بردند؛ در حالی که حقوق اسلام گرفتار چنین معضلی نبوده است (سنه‌وری، بی‌تا: ۹۰/۶) و برخی فقها از تأثیر قوه قاهره تحت عنوان «بطلان کل عقد بتعدّر وفاء بمضمونه» که ادعای اجماع نیز بر آن شده است، یاد کرده‌اند (موسوی بجنوردی، بی‌تا: ۲۲۶/۵).  
 با توجه به تمام مطالبی که از حقوق ایران و فقه امامیه مطرح شده است، اگر بخواهیم تعریف جامعی از قوه قاهره ارائه دهیم، می‌توانیم بگوییم: قوه قاهره حادثه‌ای است خارجی، غیر قابل پیش‌بینی، غیر قابل اجتناب که در تعهدات قراردادی موجب عدم امکان ایفای تعهد و متعاقباً رفع مسئولیت متعهد، و در الزامات خارج از قرارداد باعث نفی رابطه سببیت بین فعل شخص و ضرر و زیان وارده می‌گردد.

#### ۴. مبانی تأثیر قوه قاهره در فقه امامیه

فقه جعفری به عنوان مبنای حقوق ایران، شامل اصولی است که تخطی از آن در حقوق متصور نیست. لذا قواعدی که می‌تواند در فقه مؤید موضوع حاضر باشد، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

##### ۱-۴. قاعده لاضرر

مستتبط از قاعده لاضرر این است که هر گاه اجرای قرارداد، موجب ضرر غیر متعارف و سنگین برای متعهد باشد، به حکم منتفی بودن ضرر در احکام شرعی، اجرای قرارداد مستلزم ضرر نیز منتفی است. بنابراین حکم ضرری در اسلام وضع نشده است (سجادی، ۱۳۵۷: ۴۸۹/۳).

##### ۲-۴. قاعده احسان

از جمله قواعدی که در هنگام تعدر اجرای عقد به کمک متعهد می‌شتابد، قاعده احسان است. بنابراین این قاعده می‌تواند یکی از مسقطات ضمان باشد. احسان در لغت به معنای نیکی کردن است و در اصطلاح، تصرف در مال دیگری بدون اذن مالک است، لکن برای دفع مضرت. بنابراین ثبوت ضمان بر محسن، سبیل بر اوست و سبیل بر محسن به طور کلی در شرع منتفی است؛ پس نتیجه می‌شود که ضمان بر محسن منتفی است (حسینی مراغی، ۱۳۸۵: ۱۰۴).

### ۳-۴. قاعده نفی عسر و حرج

کلمه حرج به معنای گوناگونی به کار رفته است؛ از جمله: ضیق، تنگی، تنگنا، و گفته شده است:

«حرج در اصل به معنای اجتماع و انبوهی شیء است؛ به گونه‌ای که موجب حصول ضیق و تنگی میان آن اشیا باشد» (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۱۱۲/۱).

برخی از علما گفته‌اند:

«به طور کلی، عسر و حرج آن است که مستلزم مشقت شدیدی باشد که مردم عادتاً آن را تحمل نمی‌کنند» (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۱۸۳/۱).

بنابراین در مواردی که وسع انسان به انجام کاری نمی‌رسد، تکلیف مولوی به آن تعلق نمی‌گیرد. مستنبط از آیات فوق می‌توان گفت که متعهد نیز چنانچه در اثر آفات سماوی نتواند به تعهد خود عمل کند، در این ایام، تعهد از او ساقط است؛ چون انجام آن‌ها مستلزم مشقت و حرج است.

### ۴-۴. قاعده استیمان

استیمان در لغت به معنای امین شمردن و در اصطلاح عبارت است از استیلا بر مال دیگری به اذن او (محقق داماد، ۱۳۷۴: ۹۵). نتیجه اینکه متصرف مال در اثر عقود نظیر ودیعه، اجاره، مضاربه، مزارعه و امثالهم، چنانچه در استعمال و استفاده از اموال تعدی و تفریط ننماید، ضامن نخواهد بود.

### ۵-۴. قاعده «بطلان کلّ عقد بتعذر الوفاء بمضمونه»

به موجب این قاعده در فقه، وقتی متعاقدین پس از انعقاد عقدی، به سببی نتوانند به مفاد آن وفا کنند، آن عقد به علت تعذر و عدم امکان وفا به عهد باطل می‌شود (شعبانی، ۱۳۸۹: ۹۵). این معنا در فقه، تحت عنوان قاعده «بطلان کلّ عقد بتعذر الوفاء بمضمونه» (طباطبایی قمی، بی‌تا: ۱۵۲) بیان می‌شود که در تمام عقود و معاملات حتی عقود اذنی جاری است. البته منظور از بطلان در این قاعده معنای اعم بطلان می‌باشد که موارد بطلان ذاتی و ابتدایی عقد و همچنین موارد انفساخ و فساد را نیز شامل می‌شود (آمدی، ۱۳۸۷: ۱۲۲/۱).

## ۵. شرایط تأثیر قوه قاهره در فقه امامیه و حقوق موضوعه

به استناد مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی ایران، یکی از اوصاف و شرایط قوه قاهره، خارجی بودن حادثه است (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۲۰۶/۴) با دخالت شخص ثالث. دوم اینکه حادثه خارجی قابل دفع و جلوگیری نباشد (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۲۵/۳) که این مفهوم نیز از ماده ۲۰۲ قانون مدنی کاملاً قابل استنباط است.<sup>۱</sup> سوم اینکه حادثه قابل پیش‌بینی نباشد. بنابراین فورس‌ماژور وقتی تحقق پیدا می‌کند که شخص نتواند حادثه را پیش‌بینی کند که از مفهوم خارجی بودن نیز این مهم استنباط می‌شود. قسمت اخیر ماده ۲۲۷ قانون مدنی نیز مؤید این مطلب است.

### ۱-۵. خارجی بودن حادثه (موانع خارجی) عدم دخالت متعهد

در این قسمت، به بررسی آن دسته از موانع اجرای مفاد قرارداد می‌پردازیم که خارج از اراده طرفین قرارداد هستند. فقهای بزرگ به جستجوی مفهوم حادثه و شرایط آن پرداخته و از بلاهای آسمانی زمینی به عنوان مصداق‌های مسلم آن یاد کرده و بیان داشته‌اند:

((به نظر می‌رسد باید حوادثی مانند دزدی و غارت را نیز که در آن‌ها نمی‌توان حادثه را به شخص معینی منتسب ساخت، به مصادیق آن افزود)) (نجفی، ۱۹۸۱: ۸۷/۲۴).

خارجی بودن حادثه بدین معناست که تعذر عارض شده نباید در نتیجه اقدام خود متعهد باشد. منظور از این شرط آن است که حادثه موردنظر نباید اختصاص و ارتباطی با شخص متعهد داشته باشد؛ بلکه عذری پذیرفته می‌شود که همگان را تحت تأثیر خود نهاده باشد، مانند بارش برف سنگین (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳۲۹/۴). همچنین علتی که موجب ناممکن شدن اجرای قرارداد و عدم ایفای تعهدات ناشی از آن می‌گردد، نباید قابلیت استناد به متعهد را داشته باشد؛ وگرنه چنانچه این علت معلول اقدامات شخص متعهد باشد، کماکان مسئول عدم اجرای قرارداد خواهد بود و مسئولیت وی در این

۱. اگرچه به اعمالی حاصل می‌شود که مؤثر در شخص باشعوری بوده و او را نسبت به جان یا مال یا آبروی خود تهدید می‌کند، به نحوی که عادتاً قابل تحمل نباشد. در مورد اعمال اکراه‌آمیز، سن و شخصیت و اخلاق زن یا مرد بودن باید در نظر گرفته شود.

رابطه زایل نخواهد گردید و قابلیت استناد به متعذر شدن اجرای قرارداد از وی سلب خواهد شد. در حقوق موضوعه نیز به استناد مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی ایران، یکی از اوصاف و شرایط فورس ماژور خارجی بودن حادثه است (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۲۰۶/۴).

### ۲-۵. غیر قابل پیش‌بینی بودن حادثه

یکی از مهم‌ترین شرایطی که در تحقق قوه قاهره مؤثر است، قابل پیش‌بینی نبودن حادثه است. در حقوق نوشته فورس ماژور باید قابل پیش‌بینی نباشد، ولی در نظام کامن‌لا شرط غیر قابل پیش‌بینی در ارتباط با اثبات وجود فورس ماژور ضرورتی ندارد (صادقی‌زبازی و بقایی‌برزآبادی، ۱۳۹۴: ۹۳). به عقیده برخی از حقوق‌دانان، «تئوری امور غیر قابل پیش‌بینی» که ریشه در نظریه مشهور حقوق بین‌الملل تحت عنوان «تغییر بنیادین اوضاع و احوال» یا همان قاعده «ریوس» دارد، از پدیده‌های مربوط به روابط بین‌الملل و پیامد بحران‌های اقتصادی ناشی از دو جنگ جهانی در قرن بیستم است. اما آنچه روشن است اینکه قاعده ریوس در گذشته‌های دور دارای مبدأ و منشأ مذهبی و اخلاقی بوده و حتی آثاری از پذیرش این تئوری در حقوق قدیم روم نیز وجود دارد. بر این اساس در اثر وقوع حوادث غیر قابل پیش‌بینی، قرارداد فسخ یا لغو می‌شود (ضیایی بیگدلی، ۱۳۸۴: ۲۷۳).

### ۳-۵. اجتناب‌ناپذیر بودن تعذر عدم قابلیت دفع قوه قاهره

حادثه‌ای که فورس ماژور تلقی می‌شود، باید غیر قابل اجتناب و به تعبیر دیگر غیر قابل دفع باشد. در واقع، اجرای تعهد با وقوع چنین حادثه‌ای غیر ممکن می‌شود و هیچ کس متعهد به امر غیر ممکن نیست. فقها تصریح کرده‌اند که استناد به عذر عدم امکان اجرای قرارداد، چنانچه مقابله و رفع آن میسر باشد، قابل قبول نیست. در فروع متعددی که در عقود مختلف نظیر بیع، اجاره، صلح، رهن، کفالت و مساقات، مسئله عذر مطرح شده است، همواره شرط ابطال تعهد، «عجز» متعهد است (موسوی بجنوردی، بی‌تا: ۲۴، ۸۳). در حقوق ایران، ماده ۲۲۹ قانون مدنی بدین شرط اشاره می‌کند. در بازنگری جدید قانون فرانسه در سال ۲۰۱۶ میلادی در ماده ۱۱۹۵ قانون فرانسه چنین بیان شده است که در حین اجرای قراردادهای بلندمدت ممکن است که شرایط اقتصادی (همچون بحران‌ها و نوسانات پولی)، سیاسی (همچون جنگ و انقلاب) و مانند آن،

پیش‌بینی‌های طرفین را بر هم زده و سبب ایجاد عدم تعادل در قرارداد شود. خصیصه مشترک این شرایط آن است که خارج از حیطه اراده طرفین هستند. دیوان عالی فرانسه نظریه حوادث پیش‌بینی نشده را که بعضی از حقوق‌دانان از آن به نظریه «حوادث پیش‌بینی نشده» تعبیر کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۷۸/۳)، با توجه به امنیت قرارداد مخدوش می‌کند. این نظریه که مبتنی بر اصل لزوم قراردادهاست، بدان مفهوم است که قرارداد بر مبنای وضع متعارف مورد توافق قرار گرفته و متعهد زیان‌دیده اگر می‌توانست شرایط حادث را پیش‌بینی نماید، هیچ‌گاه تن به انعقاد این قرارداد نمی‌داد. در نتیجه باید پذیرفت که ترازی همواره با این شرط ضمنی همراه است که معامله تا زمانی الزام‌آور و محترم است که وضع متعارف کنونی پابرجا بماند. این نظریه در رویه قضایی اداری کشور فرانسه به خوبی شناخته شده بود و از طریق اصلاحیه مزبور و تحت تأثیر حقوق قراردادهای اروپا به حقوق قراردادهای این کشور نیز راه یافت. به منظور تضمین تعادل بین اصل لزوم قراردادها و عدالت قراردادی، ماده ۱۱۹۵ جدید قانون مدنی فرانسه، نظریه حوادث پیش‌بینی نشده را در قالب سازوکار سه مرحله‌ای پیش‌بینی نموده است؛ در مرحله نخست طرفین مجازند زمانی که تغییری اتفاق بیفتد که به هنگام انعقاد قرارداد غیر قابل پیش‌بینی بوده و اجرای قرارداد را برای طرفی که ریسک این خطرات را نپذیرفته دشوار سازد، مجدداً قرارداد را مورد مذاکره قرار دهند. در صورت فرض عدم پذیرش یا شکست مذاکرات، طرفین می‌توانند در خصوص فسخ توافق کنند و یا در صورت رضایت طرفین، از قاضی تقاضای تعدیل قرارداد را بنمایند. نهایتاً در مرحله سوم قاضی می‌تواند در فرض عدم توافق طرفین در طی مدتی معقول، با درخواست یکی از طرفین، قرارداد را بازمینی یا فسخ (فسخ قضایی) نماید (نوری یوشانلویی و شاهین، ۱۳۹۷: ۶).

## ۶. تلقی تحریم در قراردادهای بالادستی نفتی ایران به عنوان عقیم شدن اجرای قرارداد

### ۱-۶. مفهوم نظریه

هر گاه به سبب بروز حوادث عام، غیر قابل پیش‌بینی و غیر قابل دفع، تعادل و توازن

قرارداد به هم خورده و یا اهداف قرارداد تغییر کند، اجرای قرارداد مشکل می‌شود که منجر به تعدیل یا حسب مورد فسخ می‌گردد (ابراهیمی و ابوارحسین، ۱۳۹۱: ۱۶).

## ۲-۶. شرایط تحقق نظریه تغییر اوضاع و احوال

برای تحقق مفهوم اوضاع و احوال، شرایطی لازم است که این شرایط شباهت زیادی به شرایط تحقق فورس‌ماژور دارند که به بررسی این شرایط پرداخته می‌شود.

### ۱-۲-۶. دگرگونی اساسی اوضاع و احوال

یکی از شرایط اصلی تحقق دگرگونی اساسی اوضاع و احوال این است که تعادل اقتصادی قرارداد به شدت به هم بخورد.

### ۲-۲-۶. دشواری و سختی اجرای قرارداد

از مهم‌ترین شرایط لازم جهت بازبینی قرارداد، دشواری اساسی در وضعیت تعهدات طرفین قرارداد است. اوضاع و احوال پس از وقوع حادثه باید چنان باشد که اجرای عقد برای یکی از طرفین عقد، جز با صرف هزینه هنگفت و غیر قابل تصور ممکن نباشد.

### ۳-۲-۶. غیر قابل پیش‌بینی بودن وقوع حادثه

حادثه به وجود آمده باید در زمان انعقاد قرارداد غیر قابل پیش‌بینی باشد؛ در غیر این صورت محقق نمی‌گردد.

### ۴-۲-۶. غیر قابل کنترل بودن وقوع حادثه

حادثه به وجود آمده باید خارج از کنترل متعهد باشد و چنانچه طرفی بتواند حادثه را کنترل کند، حق استناد به وقوع دشواری اجرای قرارداد را ندارد.

## ۷. آثار ناشی از تغییر اوضاع و احوال در قرارداد

نظرات حقوق‌دانان در این خصوص متفاوت است. در این بخش ضمن بیان آن‌ها، راه حل‌های تعیین شده را هم مورد بررسی قرار می‌دهیم.



## ۱-۷. تعهد به مذاکره مجدد

در موارد مربوط و در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی اروپایی حقوق قراردادها، در ابتدا یک تعهد به مذاکره مجدد را مقرر می‌نمایند. اتاق بازرگانی بین‌المللی آی‌سی‌سی مشابه همین نظر را اعلام کرده است:

«طرفین قرارداد ملزم هستند تا در رابطه با شرط قراردادی جایگزین که نتیجه اوضاع و احوال تغییر یافته را به طور متعارف مجاز می‌نماید، در زمانی معقول مذاکره و گفتگو نمایند».

این مذاکره مجدد که ملاحظه گردید مبتنی بر قاعده‌ای کلی است که در بسیاری از نظام‌های حقوقی نوشته عمومیت یافته است، دیگر نظام‌های حقوقی را برای طرفین اصل غیر عملی شدن قرارداد به رسمیت شناخته است که نمونه آن در قانون تجارت سوئیس که با برخی از نظام‌های حقوقی نوشته همچون آلمان جایی که به موجب ماده ۳۱۳ قانون مدنی آلمان که اخیراً به تصویب رسیده است، پیرامون وضعیت ایجاد شده برای قرارداد اعلام می‌دارد: طرفین ملزم نیستند مذاکره مجددی با یکدیگر داشته باشند. بنابراین مذاکره مجدد به عنوان گفتگو باید مبتنی بر میل باطنی صداقت باشد. برای مذاکره مجدد و مفید نمی‌توان طرفین قرارداد را با تهدید و فشار به انجام آن مجبور نمود. به عنوان جمع‌بندی، تکلیف به مذاکره مجدد نباید مورد دفاع قرار گیرد. با این حال، این مطلب مانع از این می‌شود که پیشنهاد توسط یک طرف به ادامه قرارداد در اوضاع و احوال تغییر یافته مورد قبول واقع گردد؛ هرچند صحبت کردن از خسارت‌های فرعی طرف امکان‌پذیر است (آرایی، ۱۳۹۲: ۱۳۷-۱۳۸). البته همان طور که سابقاً اشاره شد، در اصلاحات اخیر قانون مدنی فرانسه، بحث مذاکره مجدد و فسخ قضایی به موجب ماده ۱۱۹۵ قانون جدید فرانسه پیش‌بینی شده است.

## ۲-۷. انحلال قرارداد

تعدادی از حقوق‌دانان معتقدند که در صورت تغییر اوضاع و احوال، قرارداد خودبه‌خود منحل می‌شود و در صورت از بین رفتن این موازنه، قرارداد فسخ خواهد شد. تحلیل برخی از حقوق‌دانان این است که نمی‌توان پذیرفت قرارداد همچنان در شرایط

جدید مانند شرایط عادی که در هنگام تشکیل قرارداد است، قابل پیروی باقی بماند، بلکه بر اساس قواعد و اصول باید آن را از سوی طرف مقابل قابل فسخ دانست. در حال حاضر، رویه قضایی بر اصل لزوم قراردادهای تأکید دارد و بروز حوادث پیش‌بینی نشده، تغییر اوضاع و احوال و به هم خوردن تعادل اقتصادی قرارداد را دلیل موجهی برای عدم ایفای تعهد از طرف زیان‌دیده نمی‌داند (توسلی نائینی، ۱۳۹۵: ۹).

با توجه به اینکه قوه قاهره و شرایط تحقق آن، همراه با تغییر اوضاع و احوال مورد بررسی قرار گرفته است، لذا اگرچه در برخی موارد از حیث آثار با یکدیگر شباهت دارند، اما تفاوت‌هایی نیز در تحقق و اثر وقوع این دو نهاد وجود دارد که در این قسمت به مقایسه قوه قاهره و تغییر بنیادین پرداخته می‌شود.

### ۸. مقایسه تغییر بنیادین اوضاع و احوال با فورس‌ماژور

تحقق قوه قاهره، اجرای قرارداد را کاملاً ناممکن می‌سازد، ولی اثر تغییر اوضاع و احوال، دشواری و عدم قابلیت اجرای تعهد است. در واقع قوه قاهره نوعی تعذر است، ولی تغییر اوضاع و احوال نوعی تعسر است.

نتیجه قوه قاهره سقوط یا تعلیق تعهد است؛ در حالی که نتیجه تغییر اوضاع و احوال (دشواری) تعدیل یا ایجاد حق فسخ است.

### ۹. تلقی تحریم در قراردادهای نفتی ایران به عنوان انتفای قرارداد یا

#### هدف (فراستریشن)

انتفای قرارداد یا عقیم شدن قرارداد، معادل فارسی واژه انگلیسی فراستریشن به کار برده شده است. دکترین فراستریشن از نهادهای حقوقی کامن‌لا و مشخصاً نظام حقوقی انگلستان است و کاربرد آن، تفاوت‌های خاصی مشابه با قوه قاهره در نظام حقوقی فرانسه دارد. انتفای قرارداد را در لغت چنین تعریف کرده‌اند: هنگامی که واقعه یا تغییر اوضاع و احوال آن‌چنان اساسی باشد که بر بنیان قرارداد به طور کلی تأثیر می‌گذارد و فراتر از حد انتظار و آن چیزی است که مورد نظر طرفین بوده است،

قرارداد منتفی (عقیم شده) محسوب می‌شود (نیکبخت، ۱۳۷۶: ۲۱).

در فقه و حقوق ایران، نظریه عقیم ماندن هدف به شکلی که در حقوق انگلیس مرسوم می‌باشد، تدوین نشده است، ولی همان گونه که استادان حقوق گفته‌اند، مصداق‌های بارزی از آن به ویژه در اجاره که عقدی مستمر است، دیده می‌شود و باید گفت که بر اساس این نظریه، از زمانی که عقیم شدن اتفاق می‌افتد، قرارداد خاتمه می‌یابد (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۴۰/۱).

### ۱-۹. جایگاه اثر عقیم شدن موضوع قرارداد در فقه امامیه

این سؤال که آیا انتفای هدف مشترک قرارداد در حقوق ایران و اسلام می‌تواند تأثیری در سرنوشت عقد داشته باشد؟ در بین فقهای امامیه به عنوان قاعده کلی انحلال عقد به واسطه دخالت عوامل خارجی، تنها در صورتی پذیرفته می‌شود که اجرای قرارداد دچار عذر دائمی گردد (عدم امکان اجرا)، مانند موردی که موضوع تعهد تلف گردد یا اجیر به مرض لاعلاج گرفتار شود. مادامی که اجرای تعهد مقدور باشد، قرارداد منعقد به اعتبار خود باقی است، هر چند که طرفین از رسیدن به اهداف خود محروم گشته باشند. در نظر فقها و آرای فقهی، در صورت انتفای هدف و داعی طرفین نمی‌توان از لزوم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ خارج شد؛ مگر اینکه عذر باعث تعذر دائمی گردد (صفایی، تقریرات، بی تا). در قراردادهای نفتی در حوزه بالادستی، از آن جهت که یکی از تعهدات پیمانکاران نفتی در این نوع قراردادها، تأمین تجهیزات و انتقال تکنولوژی است و در این تعهدات در قراردادهای جدید نفتی ایران، علاوه بر تعهدات مذکور تأمین مالی پروژه نیز می‌باشد، اعمال تحریم و مسدود شدن کانال انتقال ارز در این نوع قراردادها که جنبه مستمر دارد، عملاً منجر به عدم امکان اجرای قرارداد و منتفی شدن هدف قرارداد می‌شود و به همین دلیل تحریم در قراردادهای نفتی شاید به عنوان یکی از مصادیق عقیم شدن اجرای قرارداد تلقی شود؛ اگرچه این موضوع در سایر قراردادها نمی‌تواند به عنوان یکی از مصادیق عقیم شدن قرارداد تلقی شود.

### ۲-۹. مقایسه مفهوم تحریم در تغییر بنیادین و عقیم شدن قرارداد

در عقیم شدن، اصل قرارداد به اعتبار خود باقی است. لکن در فراستریشن، شخص

اظهار می‌دارد که این آن چیزی نیست که من تعهد کرده بودم انجام دهم؛ در حالی که در فورس ماژور، شخص مدعی است که من تعهد کرده بودم این کار را انجام بدهم، اما به واسطه حادثه خارجی، توانایی انجام آن را ندارم. افزون بر اینکه منشأ پیدایش عقیم شدن می‌تواند متفاوت باشد، مثلاً قهری؛ بنابراین دایره عقیم شدن و انتفای قرارداد گسترده‌تر از قوه قاهره است.

قوه قاهره باعث ناتوانی متعهد و عدم امکان اجرای تعهد می‌شود؛ اما در نظریه عقیم شدن لازم نیست که هر گونه انتفاع از مورد معامله ناممکن شود (جعفری و تلخایی، ۱۳۸۹: ۸۹).

### ۱۰. تأثیر تحریم بر اجرای قرارداد

در فرضی که تحریمها در معنای لغوی و مفهوم سیاسی، منطبق با تعریف بین‌المللی باشد، اگر در زمان انعقاد عقد قابل پیش‌بینی باشد، یعنی سابقه تحریم باشد و کاملاً مشهود باشد که تحریم در آینده حادث می‌شود، چون قابل پیش‌بینی است، دیگر مشمول فورس ماژور نخواهد بود. بعضی از حقوق‌دانان گفته‌اند که عقیم شدن قرارداد به سبب ناممکن شدن اجرای قرارداد است و هنگامی رخ می‌دهد که اجرای قرارداد بدون دخالت طرفین به طور واقعی ناممکن شده است و قرارداد عقیم می‌شود (صیادی و برکشلی، ۱۳۹۱: ۸۵). اما اگر تحریم‌ها در زمان قرارداد سابقه نداشته باشد و مشهود نباشد، این بحث مطرح می‌شود که آیا تحت عنوان اینکه قابل پیش‌بینی نبوده، می‌توان این گونه تحریم‌ها را مشمول فورس ماژور قرار داد (همان: ۲۱) که دو فرض فورس ماژور و تعسر قابل بررسی است.

#### ۱-۱۰. نظریه فسخ یا تعلیق بر فرض وقوع فورس ماژور

چنانچه بعد از انعقاد قرارداد، تحریم‌ها اتفاق افتد و سابقه‌ای از اعمال تحریم وجود نداشته باشد، به عنوان یکی از شرایط فورس ماژور یعنی قابل پیش‌بینی بودن حادثه مورد پذیرش است و منجر به معافیت از اجرای قرارداد می‌شود و یا اگر تحریم به صورت موقت باشد، منجر به تعلیق اجرای قرارداد می‌شود تا زمانی که اهداف موضوع قرارداد از نظر طرفین تغییر ننموده باشد. به بیان دیگر، در فرضی که تحریم به عنوان عنصر غیر قابل پیش‌بینی تلقی شود، از مصادیق فورس ماژور محسوب خواهد شد.

### ۲-۱۰. نظریه تعدیل یا فسخ بر فرض وقوع دشواری اجرای قرارداد (تعسر)

چنانچه تأثیر تحریم بر اجرای قرارداد را فورس ماژور تلقی نماییم، منجر به سقوط تعهد و انحلال قرارداد یا تعلیق می‌شود که در نتیجه موجب براءت متعهد و معافیت او از مسئولیت است. در فرضی که وقوع و اعمال تحریم‌ها در زمان انعقاد قرارداد قابل پیش‌بینی باشد و یا سابقاً نیز این تحریم‌ها اجرا می‌شده و احتمال بازگشت آن‌ها به قراردادهای مذکور قابل پیش‌بینی است، در این فرض، دیگر اعمال تحریم منجر به تحقق فورس ماژور نخواهد شد و باید آن را جزء مصادیق دشواری اجرای قرارداد یا تعسر تلقی نمود؛ زیرا با عنایت به اینکه حادثه قابل پیش‌بینی بوده، عملاً داخل در حوزه قاعده فورس ماژور قرار نمی‌گیرد. در نتیجه ضمانت اجرای آن انحلال نیست، بلکه تعدیل، و در صورت عدم امکان تعدیل، نهایتاً فسخ می‌باشد.

### ۳-۱۰. تعذر در اجرای قرارداد از نظر فقه امامیه و اثر آن در قرارداد

تعذر اجرای قرارداد، از یک طرف با قاعده فقهی «بطلان کُلِّ عقد بتعذر الوفاء بمضمونه» تطبیق دارد که به موجب آن، اثر تعذر بر قرارداد، بطلان آن است؛ ولی از سوی دیگر، به موجب خیار تعذر تسلیم، اثر تعذر بر قرارداد، خیار برای متعهدله یا مشروطه است. به همین دلیل در قانون مدنی ایران در مواد ۲۲۷ و ۲۲۹، تعذر اجرای قرارداد مورد اشاره قرار گرفته است و در حقوق ایران پذیرفته شده است. لکن آنچه که در مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی بیان شده است، صرفاً ناظر بر تعذر اجرای قرارداد در نتیجه تلف شدن مادی موضوع تعهد است که به سبب قوه قاهره حادث می‌شود.

### ۴-۱۰. بررسی تحریم به عنوان یکی از مصادیق قوه قاهره در قراردادهای

#### بالادستی صنعت نفت

در قوانین موضوعه، قراردادهای نفتی به دو دسته اصلی بالادستی و پایین‌دستی تقسیم‌بندی شده است و نظام حقوقی در خصوص تحریم به عنوان مصداق فورس ماژور در حوزه قراردادهای بالادستی نفتی اظهار نظر کرده است که در جهت شناخت این نوع از قراردادها ابتدا آن را تعریف نموده و سپس به جایگاه تحریم در مقررات حاکم بر

قراردادهای بالادستی پرداخته می‌شود.

### ۵-۱۰. تعریف قراردادهای بالادستی صنعت نفت

عملیات بالادستی نفت به فعالیت‌های متنوع اطلاق می‌شود که منجر به تولید نفت و گاز می‌شود. این فعالیت‌ها شامل انجام کاوش‌های اولیه، عملیات اکتشاف و توسعه میدان از طریق حفر چاه و نصب تجهیزات سطح زمین و نهایتاً تولید است و دلیل این نام‌گذاری و فلسفه آن این است که بالادستی و پایین‌دستی برای حرکت آب رودخانه‌ها به کار می‌رفته است. بخش بالادستی به سرچشمه‌های آب در کوهستان‌ها و بخش پایین‌دستی به حرکت آب به سمت پایین در مسیر رودخانه اطلاق می‌شده است و استفاده از این اصطلاحات در عملیات نفتی از این معنا و مانده است (ذوقی، ۱۳۷۸: ۱۱).

### ۶-۱۰. مصادیق و اثر فورس‌ماژور در مقررات حاکم بر قراردادهای نفتی

#### بالادستی

هیئت دولت به موجب مصوبه مورخ ۱۳۹۵/۵/۱۹ با عنوان «شرایط عمومی، ساختار و الگوی قراردادهای بالادستی نفت و گاز»، به تعریف و ساختار کامل قراردادهای بالادستی صنعت نفت اشاره کرده و قواعد آن را تنظیم نموده است. در بند ۳ ماده ۳ مصوبه اعلام شده است:

«در صورت وقوع شرایط فورس‌ماژور (قوه قاهره) در هر کدام از دوره‌های توسعه و بهره‌برداری که ممکن است موجب سقوط تعهد، تعلیق یا فسخ قرارداد نیز گردد، تسویه حساب در مورد مطالباتی که پیمانکار طبق قرارداد مستحق دریافت آن‌ها می‌باشد، تا زمان رفع فورس‌ماژور معلق گردیده و پس از رفع این شرایط در چارچوب ضوابط قرارداد صورت می‌پذیرد».

همان‌طور که مشخص است، مصادیق فورس‌ماژور در مفاد بند مذکور قید نشده و صرفاً نتیجه وقوع فورس‌ماژور بیان شده است که علاوه بر موارد مذکور در قواعد عمومی که اثر فورس‌ماژور منجر به تعلیق یا سقوط تعهد می‌باشد، به نظر می‌رسد ضمانت اجرای جدیدی تحت این عنوان که در نتیجه تحقق فورس‌ماژور تعلیق و فسخ قرارداد محقق می‌شود، پیش‌بینی شده است؛ زیرا نتیجه وقوع فسخ قرارداد، سقوط تعهد

است. سابقاً بررسی شد که با توجه به قواعد عمومی قراردادهای، اعمال تحریم در قراردادهای غیر نفتی می‌تواند تحت عنوان فورس‌ماژور تلقی شود. اما در خصوص اعمال تحریم در قراردادهای بالادستی صنعت نفت که مشمول مصوبات خاص می‌باشد، این سؤال مطرح است که در این گونه قراردادهای نیز تحریم جزء مصادیق فورس‌ماژور تلقی می‌گردد یا خیر؟ علت این بررسی آن است که مقررات حاکم بر قراردادهای بالادستی صنعت نفت، همان طور که بیان شد، تابع مصوبه خاص می‌باشد که متن آن بیان گردید. افزون بر اینکه در بند ۳۷ توافقنامه برجام<sup>۱</sup> با موضوع دستورالعمل حل اختلاف در میان اعضا، در این موضوع (تحریم از مصادیق فورس‌ماژور تلقی شود یا خیر) اتفاق نظر وجود ندارد. به بیان دیگر، به استناد بند خ ماده ۲ قانون ساختار و الگوی قراردادهای بالادستی نفت و گاز مصوب ۱۳۹۵/۶/۱ که به بیان فورس‌ماژور پرداخته است، تحریم جزء موارد فورس‌ماژور نیست و شرایط فورس‌ماژور را ندارد؛ زیرا فورس‌ماژور همان طور که سابقاً تعریف شده است، اگر در شرایط عقد اعلام و قابل پیش‌بینی باشد، دیگر مسئله فورس‌ماژور خروج موضوعی دارد. لذا شرایطی که در قراردادهای نفتی منعقد می‌شود، مشمول فورس‌ماژور نخواهد بود (طاهری‌فرد و دیباوند، ۱۳۹۵: ۱۱۵) و قانون‌گذار اثر تحقق فورس‌ماژور را سقوط تعهد، فسخ یا تعلیق اعلام

۱. متن بند ۳۷ از توافقنامه برجام به شرح ذیل است: «متعاقب دریافت ابلاغ طرف شاکی، به نحو مشروح در فوق، به همراه توضیحی از تلاش‌های توأم با حسن نیت آن طرف برای طی فرایند حل و فصل اختلاف پیش‌بینی شده در برجام، شورای امنیت سازمان ملل متحد می‌بایست منطبق با رویه‌های خود در خصوص قطعنامه‌ای برای تداوم لغو تحریم‌ها رأی‌گیری نماید. چنانچه قطعنامه فوق‌الذکر ظرف ۳۰ روز از تاریخ ابلاغ به تصویب نرسد، مفاد قطعنامه‌های سابق شورای امنیت سازمان ملل متحد مجدداً اعمال خواهند شد، مگر اینکه شورای امنیت سازمان ملل متحد به نحو دیگری تصمیم‌گیری نماید. در چنین صورتی، این مفاد در خصوص قراردادهایی که بین هر طرف و ایران یا افراد و نهادهای ایرانی قبل از تاریخ اعمال آن‌ها امضا شده باشد، دارای اثر عطف به ماسبق نیست، مشروط به اینکه فعالیت‌های صورت گرفته وفق اجرای این قراردادها منطبق با این برجام و قطعنامه‌های قبلی و فعلی شورای امنیت باشد. شورای امنیت سازمان ملل متحد با ابراز نیت خود برای تصمیم‌گیری مبتنی بر ممانعت از اجرای دوباره و خودکار تدابیر، در صورتی که ظرف این مدت، موضوعی که موجب ابلاغ فوق شده است، حل و فصل شده باشد، دیدگاه‌های طرف‌های اختلاف و هر گونه نظریه صادره توسط هیئت مشورتی را ملحوظ خواهد داشت. ایران بیان داشته است که چنانچه تحریم‌ها جزئاً یا کلاً مجدداً اعمال شوند، ایران این امر را به منزله زمینه‌ای برای توقف کلی یا جزئی تعهدات خود وفق این برجام قلمداد خواهد نمود».

کرده است و بسته به شرایط، عامل فورس‌ماژور ممکن است قرارداد را معلق یا برای طرفین حق فسخ تعیین نماید که این موضوع نیز مشخص نشده است که در کجا طرفین قرارداد در صورت تحقق فورس‌ماژور حق فسخ خواهند داشت و حتی مصادیق آن بیان نشده است. نکته دوم این است که فورس‌ماژور در خصوص تمام قراردادهای نفتی پیش‌بینی نشده است؛ زیرا در مفاد بند خ اعلام شده است که فقط وجود فورس‌ماژور در قراردادهای دوره توسعه و بهره‌برداری قابل تحقق است، در حالی که ابتدای ماده ۲ این مصوبه به سه قرارداد اشاره نموده است که به دوره‌های توسعه، بهره‌برداری و دوره اکتشاف دوره انجام عملیات اشاره شده، اما فورس‌ماژور را مشمول دو قرارداد دانسته است و اینکه آیا در نوع سوم قراردادها اصولاً فورس‌ماژور قابل تحقق است یا خیر؟ قانون‌گذار اظهارنظری ننموده است.

### ۷-۱۰. اثر بازگشت تحریم در قطعنامه شماره ۲۲۳۱ شورای امنیت به عنوان

#### مصدق فورس‌ماژور و راهکار قانون ایران در قراردادهای بالادستی نفتی

نقض برجام و اعمال تحریم از ناحیه یک کشور در عنوان قرارداد بین‌المللی نفتی نمی‌تواند اثر تحریمی شورای امنیت سازمان ملل را داشته باشد. بنابراین تحریم‌های تعیین شده از سوی کشورهای عضو، هیچ تأثیری در قراردادهای نفتی نخواهد گذاشت. به بیان دیگر، طرف قرارداد نمی‌تواند به استناد تحریم‌های یک‌جانبه آمریکا از اجرای قرارداد استنکاف نماید و به فورس‌ماژور استناد نماید (همان: ۱۲۸). اگر تلقی تحریم از حیث بین‌الملل، بحث تحریم شورای امنیت باشد، با شرایط فورس‌ماژور باید تطبیق داده شود که آیا مشمول فورس‌ماژور است یا خیر؟ به هر حال، برجام یک توافق بین‌المللی نزاکتی است که می‌تواند مفهوم تحریم در حوزه سازمان ملل را خارج نماید.

با توجه به مفاد قراردادهای جدید نفتی، آیا با وضع دوباره تحریم، این موارد در قراردادهای گذشته اثر دارد یا خیر؟ اگرچه بر اساس نظریه دیگر، تحریم جز فورس‌ماژور نیست، لکن آثار یک قرارداد نفتی و تعهدات آن تنها به استخراج و کشف ختم نمی‌شود به این معناست که وضع تحریم یا بازگشت تحریم نسبت به قراردادهایی که تا قبل از تحریم منعقد شده، اثری ندارد (همان: ۳۱). بدین ترتیب، ظاهر مواد مطلوب بوده و



منطقی است. اما با تدقیق بیشتر در این موضوع مشخص می‌گردد با توجه به اینکه ویژگی قراردادهای سرمایه‌گذاری از نوع نفت و گاز طولانی بودن مدت آن است و این موضوع مستلزم گردش مالی در طول اجرای قرارداد می‌باشد، هرچند که علی‌الظاهر تحریم جدید و بازگشت تحریم‌ها بر روی قراردادهای نفتی اثری نخواهد گذاشت، اما انجام تعهدات بعد از تحریم را به شدت تحت تأثیر قرار می‌دهد.

### ۸-۱۰. راهکار حقوق ایران

به دنبال مصوبه هیئت دولت تحت عنوان شرایط عمومی، ساختار و الگوی قراردادهای بالادستی نفت و گاز، تصویب‌نامه دیگری تحت عنوان نحوه نظارت بر انعقاد و اجرای قراردادهای نفتی در تاریخ ۱۳۹۵/۵/۱۶ تصویب گردید و در ۱۳۹۵/۶/۱۰ اصلاحیه‌ای بر مصوبه اعلام گردید که در انتهای این مصوبه در بند ۹ صراحتاً اشاره شده است که «در تدوین قراردادها باید بندهای ۱۴ و ۱۵ اجرایی قطعنامه شماره ۲۲۳۱ و بند ۳۷ برجام رعایت شود». به موجب بندهای ۱۴ و ۱۵ قطعنامه ۲۲۳۱ و بند ۳۷ برجام، تحریم‌ها بعد از نقض برجام عطف به ماسبق نمی‌شود، که هیئت دولت در مصوبه اخیر با اعلام و اصلاح این بند به صورت ضمنی پذیرفته است که تحریم‌ها نمی‌تواند جزء مصادیق فورس‌ماژور تلقی شود و چون به موجب بندهای ۱۴ و ۱۵ عطف به ماسبق نمی‌شود، لذا متعهد نمی‌تواند در مقابل اعمال تحریم‌های قطعنامه ۲۲۳۱ به فورس‌ماژور استناد نماید.<sup>۱</sup>

۱. بندهای ۱۴ و ۱۵ قطعنامه شماره ۲۲۳۱ تأیید می‌کند که اجرای شروط قطعنامه‌های قبلی طبق بند ۱۲، درباره قراردادهایی که بین هر طرفی و ایران یا افراد و نهادهای ایرانی پیش از تاریخ اجرا امضا شده است، عطف به ماسبق نمی‌شود، البته به شرط اینکه فعالیت‌هایی که با اجرای این قراردادها انجام می‌شود، با طرح جامع مشترک اقدام، این قطعنامه و قطعنامه‌های قبلی سازگاری و همخوانی داشته باشد و تأیید می‌کند که هر گونه اجرای شروط قطعنامه‌های قبلی طبق بند ۱۲ با این منظور نیست که به افراد و نهادهایی که پیش از اجرای این شروط با ایران یا افراد یا نهادهای ایرانی تجارت داشته‌اند که البته به شرطی که مطابق با طرح جامع مشترک اقدام و این قطعنامه بوده باشد، زیان بزنند. همچنین کشورهای عضو را تشویق می‌کند که با یکدیگر در رابطه با چنین زیان‌هایی مشورت کنند و برای جلوگیری از چنین زیان‌های ناخواسته‌ای به این افراد و نهادها تلاش کنند، و تصمیم می‌گیرد اگر شروط قطعنامه‌های قبلی طبق بند ۱۲ اجرا می‌شود، تدابیری را که عطف به ماسبق درباره افراد و نهادها به علت فعالیت‌های تجاری آنها با ایران می‌شود، فعالیت‌هایی که مطابق با طرح جامع مشترک اقدام، این قطعنامه و قطعنامه‌های قبلی پیش از اجرای این شروط باشد، اعمال نکند.

با این استدلال در مفاد قراردادهای بالادستی، تحریم به صورت ضمنی به عنوان یکی از مصادیق فورس ماژور تلقی شده است، لکن با توجه به اینکه استناد به اعمال تحریم بر اساس قطعنامه ۲۲۳۱ و برجام محتمل است، لذا دولت جمهوری اسلامی با تصریح بندهای قطعنامه در مفاد قراردادهای نفتی مانع از آن شده است که متعهد به استناد عنوان تحریم، از اعمال تعهدات خود استنکاف نماید. در واقع علاوه بر اینکه این شرط در قرارداد درج شده است، وجود تحریم مجدد به عنوان حادثه قابل پیش‌بینی محرز است و از این حیث نمی‌تواند از اجرای تعهد خود استنکاف کند. اما در سایر قراردادهای غیر نفتی، تحریم‌ها در صورتی که قابل پیش‌بینی باشد، دیگر از حوزه فورس ماژور خارج شده و تحت عنوان تغییر اوضاع و احوال یا سختی اجرای قرارداد قرار می‌گیرد. در خصوص تحریم‌های کشور ثالث نیز ضمانت اجرای تحریم‌های سازمان ملل را ندارد. به بیان دیگر، صرفاً تعهدات مندرج در شورای امنیت قابل اعمال است و در مصوبه نیز به مفاد قطعنامه ۲۲۳۱ اشاره شده است نه تحریم‌های کشورهای ثالث؛ اما از نظر حقوق تجارت بین‌الملل، تحریم بانکی از مصادیق فورس ماژور خواهد بود. تحریم بانکی به عنوان یکی از مصادیق فورس ماژور در ماده ۳۶ یوسی‌پی می‌تواند از موجبات رافع مسئولیت بانک گشاینده اعتبار اسنادی محسوب شود (ضیایی و تلبا، ۱۳۹۴: ۲۲).

### نتیجه‌گیری

الف) با تصویب قطعنامه ۲۲۳۱ در شورای امنیت سازمان ملل و بند ۳۷ برجام با موضوع عطف به ماسبق نشدن تحریم‌ها علیه طرفین قرارداد و قید بندهای مذکور به موجب اصلاحیه تنظیمی مورخ ۱۳۹۶/۵/۱۰ تحت عنوان بند ۹ تصویب‌نامه نحوه نظارت بر انعقاد و اجرای قراردادهای نفتی در هیئت وزیران، تحریم به صورت صریح از مصادیق فورس ماژور خارج شده است.

ب) هیئت دولت با درج بندهای مذکور (قطعنامه ۲۲۳۱ و بند ۳۷ برجام) در قراردادهای نفتی، مانع از توسل متعهد به وقوع فورس ماژور به واسطه بازگشت تحریم‌ها شده است. دولت با اصلاحیه این عنوان، به این مناقشه که آیا تحریم می‌تواند به عنوان یکی از مصادیق فورس ماژور در قراردادهای نفتی تلقی شود یا خیر؟ پایان داده است.

ج) دولت‌های میزبان بر مبنای مصلحت عمومی، حقی برای خود قائل هستند و از طرفی، از استمرار بودن و وصف استراتژیک این نوع از قراردادهای نفتی می‌توان نتیجه گرفت که وقوع تحریم و اجرای آن توسط کشورها می‌تواند صرفاً منجر به تحقق دشواری اجرای قرارداد شود که اصولاً به معنای از بین رفتن مسئولیت نیست؛ زیرا نتیجه تحقق دشواری اجرای قرارداد، صرفاً مذاکره مجدد است که با مصوبه هیئت دولت اگرچه صراحتاً وقوع تحریم را از موارد تعدیل اعلام ننموده است و صرفاً آن را از معافیت از مسئولیت متعهد خارج نموده است، لکن به دلیل موارد مذکور، گرایش به تعدیل و یا مذاکره مجدد در این نوع از قراردادها امری قابل قبول محسوب خواهد شد.

### کتاب‌شناسی

۱. آمدی، سیف‌الدین ابوالحسن علی بن ابی‌علی بن محمد، *الاحکام فی اصول الاحکام*، قاهره، بی‌نا، ۱۳۸۷ ق.
۲. ابراهیمی، سیدنصرالله، و شادی او یارحسین، «آثار تحریم بر اجرای قراردادهای بازرگانی بین‌المللی از منظر فورس‌ماژور»، *دانش حقوق مدنی*، سال اول، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۱ ش.
۳. ابراهیمی، سیدنصرالله، و فرخ جواندل جانانلو، «مدیریت تفسلی ریسک در تنظیم قراردادهای بین‌المللی نفت»، *مطالعات حقوق انرژی*، دوره اول، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۴ ش.
۴. ارغوانی پیرسلامی، فریبرز، «برجام به مثابه توافق بین‌المللی: کاوشی در ماهیت و ضمانت اجرا»، *پژوهشنامه علوم سیاسی*، سال دوازدهم، شماره ۴ (پیاپی ۴۸)، پاییز ۱۳۹۶ ش.
۵. بامری، مسلم، «برجام و تأثیر آن بر مناسبات اقتصادی ج.ا. ایران»، *پژوهش ملل*، دوره سوم، شماره ۳۰، خرداد ۱۳۹۷ ش.
۶. توسلی نائینی، منوچهر، «بر هم خوردن تعادل اقتصادی قرارداد و پیش‌بینی شرط هاردشیپ در قراردادهای بین‌المللی»، *دانش حقوق مدنی*، سال پنجم، شماره ۱ (پیاپی ۹)، بهار و تابستان ۱۳۹۵ ش.
۷. جعفری، علی، و مجید تلخایی، «بررسی تطبیقی تعذر اجرای قرارداد در فقه و حقوق ایران و حقوق انگلیس»، *ماهنامه معرفت*، سال نوزدهم، شماره ۱ (پیاپی ۱۴۸)، فروردین ۱۳۸۹ ش.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *حقوق تعهدات*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۶۳ ش.
۹. جعفری ملایر، زهرا، *بررسی فقهی و حقوقی نقش تحریم‌ها بر حوزه تجارت بین‌المللی*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز، ۱۳۹۵ ش.
۱۰. حاتمی، علی‌اصغر، *بررسی تطبیقی فورس‌ماژور*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، پاییز ۱۳۸۷ ش.
۱۱. حسینی مراغی، سید میرعبدالفتاح بن علی، *عناوین الضمان؛ اسباب و مستقطات*، ترجمه محمدجواد شریعت باقری، تهران، میزان، ۱۳۸۵ ش.
۱۲. دلخوش، علیرضا، «برجام و پس‌برجام از دیدگاه حقوق بین‌الملل»، *سیاست خارجی*، سال سی و یکم، شماره ۱ (پیاپی ۱۲۱)، بهار ۱۳۹۶ ش.
۱۳. ذوقی، ایرج، *مسائل سیاسی اقتصادی نفت ایران*، چاپ پنجم، تهران، پازنگ، ۱۳۷۸ ش.
۱۴. راغب اصفهانی، ابوالقاسم حسین بن محمد، *المفردات فی غریب القرآن*، تحقیق صفوان عدنان داوودی، بیروت - دمشق، دار العلم - الدار الشامیه، ۱۴۱۲ ق.
۱۵. سجادی، سیدجعفر، *فرهنگ معارف اسلامی*، تهران، امیرکبیر، ۱۳۵۷ ش.
۱۶. سنهوری، عبدالرزاق احمد، *مصادر الحق فی الفقه الاسلامی*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی‌تا.
۱۷. صادقی زیازی، حاتم، و افسانه بقایی پرزآبادی، «آثار حقوقی تحریم‌های بین‌المللی هوشمند در چارچوب قطعنامه‌های شورای امنیت با تأکید بر تدارکات در صنعت نفت ایران»، *حقوقی بین‌المللی*، سال سی و دوم، شماره ۵۳، پاییز و زمستان ۱۳۹۴ ش.
۱۸. صفایی اصل، عباس‌علی، *تأثیر اسباب خارجی در مسئولیت قراردادی با مطالعه تطبیقی در حقوق انگلیس*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه قم، ۱۳۷۷ ش.
۱۹. صیادی، محمد، و فریدون برکشلی، «اثرات کوتاه‌مدت و بلندمدت تحریم‌های بین‌المللی نفتی بر بخش انرژی ایران»، معاونت پژوهشی‌های اقتصادی مرکز تحقیقات استراتژیک، شماره ۱۵۵، مهر ۱۳۹۱ ش.

۲۰. ضیایی، سیدياسر، و مهدی تلبا، «تأثیر تحریم بانکی به مثابه فورس‌ماژور بر نظام حقوقی گشایش اعتبار اسنادی»، *دانشنامه حقوق اقتصادی*، دوره بیست و دوم (دوره جدید)، شماره ۸، پاییز و زمستان ۱۳۹۴ ش.
۲۱. ضیایی بیگدلی، محمدرضا، *حقوق معاهدات بین‌المللی*، چاپ دوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۴ ش.
۲۲. طاهری فرد، علی، و هادی دیباوند، «بررسی قراردادهای نفتی ایران (IPC) در چارچوب شاخص‌های اقتصاد مقاومتی»، *فصلنامه آفاق امنیت*، سال نهم، شماره ۳۱، تابستان ۱۳۹۵ ش.
۲۳. طباطبایی قمی، سیدتقی، *الانوار البهیه فی القواعد الفقهیه*، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
۲۴. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، *سؤال و جواب*، قم، علوم اسلامی، ۱۳۷۶ ش.
۲۵. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی، *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۲۶. فیومی مقری، احمد بن محمد بن علی، *المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی*، قم، دارالرضی، بی‌تا.
۲۷. کاتوزیان، ناصر، *دوره عقود معین*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۱ ش.
۲۸. همو، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران، میزان، ۱۳۸۲ ش.
۲۹. همو، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران، میزان، ۱۳۸۵ ش.
۳۰. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل‌البيت علیهم‌السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۳۱. محقق داماد، سیدمصطفی، *قواعد فقه*، تهران، سمت، ۱۳۷۴ ش.
۳۲. مکارم شیرازی، ناصر، *القواعد الفقهیه*، قم، مدرسه الامام امیرالمؤمنین علیه‌السلام، ۱۴۱۱ ق.
۳۳. ملاکریمی، امید، و محمود جلالی، «ماهیت "برجام" از منظر حقوق بین‌الملل»، *مطالعات حقوق عمومی*، دوره چهل و هفتم، شماره ۱، بهار ۱۳۹۶ ش.
۳۴. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، تقریر محمدعلی توحیدی تبریزی، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
۳۵. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱ م.
۳۶. نوری یوشانلوئی، جعفر، و ابوالفضل شاهین، «نوآوری‌های حقوق قراردادهای جدید فرانسه و تطبیق آن با نظام حقوقی ایران»، *پژوهش حقوق خصوصی*، سال ششم، شماره ۲۴، پاییز ۱۳۹۷ ش.
۳۷. نیکبخت، حمیدرضا، «آثار قوه قاهره و انتفای قرارداد»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، دوره پانزدهم، شماره ۲۱، پاییز و زمستان ۱۳۷۶ ش.



## نقد و تحلیل

# قول مشهور و قانون مدنی در بیع فضولی

## مبتهی بر قاعده «العقود تابعة للقصود»\*

- زینب سنجولی<sup>۱</sup>
- محمدرضا کیخا<sup>۲</sup>

### چکیده

بیع فضولی به دو صورت بیع لنفسه (غاصب و سارق) و للمالک صورت می‌گیرد. قانون مدنی به تبعیت از مشهور فقها، بیع مزبور را صحیح اما غیر نافذ می‌داند که لزوم آن مبتنی بر رضایت مالک است. در این میان، برخی از فقها در مقابل قول مشهور، قائل به بطلان بیع فضولی شده‌اند. یافته‌های این پژوهش که به روش توصیفی - تحلیلی صورت گرفته، نشان می‌دهد که قول مشهور و قانون مدنی با توجه به قاعده «العقود تابعة للقصود» مورد مناقشه است. همچنین قول کاشف‌الغطاء که قائل به صحت بیع برای فضول است و دیدگاه بطلان بیع فضولی مطلقاً نیز قابل خدشه می‌باشد و دیدگاه برگزیده، تفصیل در بیع لنفسه و

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۳/۲۸ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۱۰/۲۱.

۱. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سیستان و بلوچستان (zsanchooli@yahoo.com).

۲. دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سیستان و بلوچستان (نویسنده مسئول) (kaykha@hamoon.usb.ac.ir).

للمالک می‌باشد. نتیجه اینکه مبتنی بر قاعده «العقود تابعة للقصد» و روایات و ادله دیگر، بیع فضول لنفسه باطل است، اما بیع للمالک صحیح خواهد بود.  
**واژگان کلیدی:** بیع فضولی، غاصب، اجازه، العقود تابعة للقصد.

### ۱. مقدمه

از جمله مسائل بیع فضولی، آن است که اشخاص فضول، گاهی مال مردم را برای مالک مال، و گاهی برای خود می‌فروشند. قسم اخیر از بیع فضولی، دو مصداق دارد: الف- معاملات افراد غاصب و سارق، که غالباً بیع فضولی لنفسه از این قسم است. ب- معاملات افرادی که خود را نازل منزله مالک قرار می‌دهند و با اعتقاد به مالکیت مال مردم را می‌فروشند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳: ۱۱۶/۱). ماده ۳۰۴ ق.م. نیز با بیان عبارت «خود را محق می‌دانسته، لیکن در واقع محق نبوده»، تنها فرضی را پذیرفته که با بیع فضولی خود را به اشتباه، مالک مبیع می‌پنداشته و بیع غاصب را از حکم این ماده، یعنی وقوع معامله خارج نموده است.

حال سؤال این است که اگر در بازار، غاصب یا سارق مال دیگری را برای خود بفروشد، در حالی که قصد تملک ثمن برای خودش را دارد و خریدار هم به عنوان اینکه غاصب مالک است، از او خریده، آیا این عقد فضولی به اجازه مالک صحیح می‌باشد یا اینکه با توجه به قاعده «العقود تابعة للقصد»، عقد فضولی نیست و یا صحیح نمی‌باشد؟ زیرا معنای قاعده آن است که عقد وجوداً و عدماً تابع قصد است (مصطفوی، ۱۴۱۲: ۱۷۹) و معنای تبعیت این است که عقد بدون قصد مضمون آن تحقق نمی‌یابد (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۱۹/۳). منظور از قصد، این است که عاقد الفاظی را بیان کند که معنا داشته و به آن معنا توجه داشته باشد (محمدی، ۱۳۹۴: ۲۶۷). ماده ۱۹۱ ق.م. که بر پایه قاعده «العقود تابعة للقصد» آراسته شده، بیان می‌دارد:  
 «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء، به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند».

هر گاه میان اراده درونی و اراده ظاهری تعارض باشد، اراده درونی مقدم خواهد شد، به شرط آنکه بتوان آن را احراز کرد؛ وگرنه از نظر اثباتی، اراده ظاهری بر اراده



درونی مقدم است (زراعت، ۱۳۹۰: ۵۷).

در این مقاله سعی کرده‌ایم با تحلیل نظریات فقها در خصوص بیع فضولی، دیدگاه‌های موجود در رابطه با بیع فضولی و ادله هر دیدگاه مطرح نموده و در ضمن دیدگاه جدید (بطلان بیع فضولی لنفسه مبتنی بر قاعده «العقود تابعة للقصود») را نیز مطرح نماییم و سپس با داوری میان اقوال، قول حق را تبیین کنیم.

## ۲. بررسی مفاهیم

### ۱-۲. مفهوم قصد

قصد در لغت به معنای اعتدال، میانه‌روی، استقامت، اراده و اختیار است (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۳/۳۵۳). از جمله شرایط متعاقدين، قصد و رضای آنهاست؛ چنان که در ماده ۱۹۰ ق.م.، «قصد طرفین و رضای آنها» به عنوان یکی از شرایط صحت معامله ذکر شده است. لذا قصد از مقومات عقد است و اگر قصدی نباشد، عقدی هم وجود ندارد (موسوی خویی، بی تا: ۳/۲۷۵).

### ۲-۲. مفهوم غصب

طبق ماده ۳۰۸ ق.م.، غصب عبارت است از «استیلا بر مال غیر به نحو عدوان». منظور از استیلا، تسلط می باشد؛ یعنی بدون صدق استیلا، غصب تحقق نمی یابد. مفهوم استیلا، اعم از تصرف فعلی می باشد؛ لذا اگر کسی قدرت و تمکن بر تصرف داشته باشد، عرفاً استیلا دارد (ره‌پیک، ۱۳۹۰: ۱۰۷).

### ۳-۲. مفهوم بیع فضولی

بیع فضولی، معامله‌ای است که شخص دیگری، مال مالک را بدون داشتن نمایندگی از طرف او بفروشد؛ حال فرقی نمی کند که مال مالک را از طرف خویش (لنفسه) بفروشد یا از طرف مالک (لغیره) (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱/۲۹۸). قانون مدنی معامله فضولی را غیر نافذ دانسته است؛ به دلیل اینکه معامله کننده بدون داشتن هیچ گونه سمت و صلاحیتی بر مال غیر، معامله انجام داده است. ولی این اشکال را موجب

بطلان قرارداد نمی‌داند؛ بلکه معامله انجام‌شده با اجازه (امضای مادی) نافذ می‌گردد (ره‌پیک، ۱۳۸۷: ۱۷۰).

## ۲-۴. مفهوم قاعده «العقود تابعة للقصد»

مقصود از این قاعده آن است که چون عقود در حقیقت ربط و پیوند تعهدات و اعتباراتی است که بین موجب و قابل برقرار شده است و این معنا، امری نفسانی و قصدی است، پس مادامی که طرفین، قصد عنوان عقد را نکرده‌اند، عقد مورد نظر محقق نخواهد شد و تحقق اعتبارات متعاقدين و پیوند آن‌ها به یکدیگر (اثباتاً و نفیاً) منوط به قصد و اراده طرفین می‌باشد (گرجی، ۱۳۸۷: ۱۷۱). برای اثبات قاعده، به دلایل مختلفی استناد شده؛ از جمله:

الف) اجماع فقها بر اینکه تحقق عقد، تابع تحقق کامل قصد است (مصطفوی، ۱۳۹۰: ۱۷۰) و تنها آثاری بر عقد مترتب می‌شود که طرفین آن را قصد کرده‌اند (گرجی، ۱۳۸۷: ۱۷۲).

ب) شکی نیست که عقد، انشاست و انشاء با قصد حاصل می‌شود. بنابراین اگر قصدی نباشد، عقدی هم نیست (مصطفوی، ۱۳۹۰: ۱۷۱)؛ پس سالبه به انتفاء موضوع است.

ج) اصل اولیه بر فساد معاملات است؛ مگر اینکه دلیل خاصی، عقد را صحیح و واجد آثار بداند. قصد طرفین از انعقاد عقد، ترتب آثار بر عقد است. ادله صحت معاملات نیز عقود را در بر می‌گیرند که با قصد منعقد می‌گردند (زراعت، ۱۳۹۰: ۵۲).

د) عقد یعنی عهد مؤکد، و امور قلبی بدون قصد به وجود نمی‌آیند (محمدی، ۱۳۹۴: ۲۷۴).

ه) برخی فقها به دلیل عقل استناد کرده و تابعیت عقد از قصد را حکمی عقلی و وجدانی می‌دانند (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۲۲/۳) و برخی دیگر به روایت «لا عمل إلا بالنیة» و «إنما الأعمال بالنیات» استناد کرده و نیت را به معنای قصد انجام عمل می‌دانند (زراعت، ۱۳۹۰: ۵۳).

### ۳. دیدگاه فقها در بیع فضولی

به طور کلی در مسئله معاملات فضولی، چهار قول وجود دارد:

**قول اول:** نظر مشهور فقهای امامیه و شیخ اعظم مبنی بر اینکه معاملات فضولی با اجازه مالک اصلی صحیح است و برای مالک مال واقع می شود (انصاری، ۱۴۳۷: ۳/۳۷۶). بلکه علامه در تذکره بر صحت آن، ادعای اجماع کرده است (علامه حلی، بی تا: ۱/۴۶۲). شهید اول هم از قول عده ای، صحت را نقل کرده (عاملی جزینی، ۱۴۱۸: ۱۷۸) و آن‌ها عبارت‌اند از: ابن ابی عقیل عمّانی و شیخ مفید (مفید، ۱۴۱۰: ۶۰۶؛ شریف مرتضی، ۱۴۱۷: ۲۴۷؛ طوسی، بی تا (ب): ۳۸۵؛ سآلر دیلمی، ۱۴۰۴: ۱۵۰؛ ابوصلاح حلبی، ۱۴۰۳: ۲۹۲؛ ابن بزّاج طرابلسی، ۱۴۰۶: ۱۹۴/۲؛ ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸: ۲۴۹). نیز از ابن جنید اسکافی قول به صحت حکایت شده است (به نقل از: ابن فهد حلی، ۱۴۱۰: ۵۳/۵) و فتوای متأخران هم بر صحت استوار است، مانند محقق حلی در شرائع (۱۴۰۳: ۱۴/۳) و ابن سعید حلی در جامع الشرائع (۱۴۰۵: ۲۴۶) و شهید اول در دروس (عاملی جزینی، ۱۴۱۴: ۳/۱۹۲).

**قول دوم:** نظر کاشف الغطاء و پیروان او مبنی بر اینکه معاملات فضولی با اجازه مالک اصلی صحیح است و برای شخص فضول واقع می شود (کاشف الغطاء، بی تا: ۶۰).  
**قول سوم:** نظر گروهی از فقها از جمله شیخ طوسی در خلاف (۱۴۰۷: ۱۶۸/۳) و ابن زهره (۱۳۷۴: ۲۰۷) و ابن ادریس حلی (۱۴۱۰: ۲/۴۱۵) مبنی بر اینکه بیع فضولی مطلقاً باطل است.

**قول چهارم:** نظر گروهی دیگر از فقها از جمله صاحب ریاض (طباطبایی حائری، ۱۴۱۲: ۱/۵۱۲) و فخرالمحققین (به نقل از: قمی، ۱۳۷۹: ۱/۳۷۲) مبنی بر اینکه فقط بیع فضولی لنفسه باطل است.

#### ۳-۱. ادله قول صحت بیع فضولی برای مالک

نظر مشهور فقها آن است که در صحت معاملات فضولی با اجازه مالک، تفاوتی نمی کند که فضول، قصد معامله برای مالک داشته باشد یا برای خود (موسوی خمینی، بی تا: ۱/۵۰۹) و برای این مدعا به سه دلیل استدلال کرده اند:

### ۱-۱-۳. عمومات و اطلاق آیات و روایات

۱-۱-۳-۱. اطلاق آیه ﴿أَحَلَ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ (بقره/ ۲۷۵):

کیفیت استدلال: اطلاق آیه، بیع مورد فرض ما را شامل است و هیچ دلیلی بر تقیید آن نداریم؛ پس به حکم اطلاق، عقد مذکور صحیح است (آل بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ۲۰۲/۲)؛ زیرا معامله فضولی، تمام ارکان معامله را به استثنای رضای مالک داراست و پس از انضمام بعدی اجازه مالک، ارکان آن تکمیل شده و ایجاد اثر قانونی خواهد کرد (موسوی خویی، بی تا: ۳۵۱/۱).

نقد و بررسی: اولاً، به عقیده برخی آیه در صدد بیان حکم تکلیفی است نه وضعی؛ در حالی که ما در صحت بیع فضولی به دنبال حکم وضعی هستیم که آیا نقل و انتقالی صورت گرفته است یا نه؟ (ایروانی نجفی، ۱۳۸۴: ۱۱۷/۱). برخی نیز آیه را مخصوص بیع مالکان می دانند نه بیع غاصب (موسوی خویی، بی تا: ۷/۴) و برخی دیگر، «ال» در البیع را نشانه نوع خاصی از بیع می دانند نه اینکه هر بیعی به صرف بیع بودن صحیح باشد (شبیری زنجانی، ۱۳۹۳). ثانیاً، اگر قائل به این هستید که عقد سبب تام است، پس اجازه مالک چه نقشی دارد؟ چگونه در باب عقد فضولی نفسیه، رضای مالک به عقدی تعلق می گیرد که فضول برای خود منعقد کرده است؟ در حالی که طبق قاعده «العقود تابعة للقصود»، خصوصیات و آثاری که طرفین، قصد آن را نکرده اند، به موجب اصل فساد بر عقود مترتب نخواهد شد (مروج جزائری، ۱۴۱۶: ۲۵۳/۵).

۱-۱-۳-۲. عموم آیه ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (مائده/ ۱):

کیفیت استدلال: عموم آیه، عقد مورد نظر ما را شامل می شود و دلیلی بر تخصیص وجود ندارد؛ پس عقد مذکور واجب الوفاست (آل بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ۲۰۲/۲) و معنای آیه این است که لازم است به اثر عقد ملتزم شوید و آن اثر را بر عقد مترتب کنید و آنچه عقد بر آن دلالت می کند، نقل ملک از زمان عقد است (طباطبایی حکیم، ۱۴۲۷: ۲۵۱/۱).

نقد و بررسی: اولاً، اگرچه آیه اقتضای وفای به عقد را دارد، ولی بیع فضولی که بر مال دیگری واقع می شود، متعلق وجوب وفای به عقد نیست (املی، بی تا: ۱۸۹/۲). ثانیاً، بر اساس آیه، اثر فقط مربوط به عقد است و وقتی ترتیب اثر دادیم، وفای به عقد تنها کرده ایم. حال اگر در عقد فضولی به واسطه اجازه بعدی، عقد از زمان وقوع، تأثیر

خود را در نقل ملک نکند، بلکه از زمان اجازه، تأثیرش را بنماید، معنایش این است که ترتیب اثر به عقد و اجازه بعدی مالک نسبت داده شده است. در نتیجه به عقد تنها وفا نشده، بلکه به عقد و اجازه وفا شده است؛ حال اینکه ظاهر آیه این بود که وفای به عقد تنها بکنید (طباطبایی حکیم، بی تا: ۴۹۵/۱۴). علاوه بر این، کلام فقها در نحوه استدلال به آیه مضطرب است؛ برخی آیه را اصل قرار داده اند، چون «العقود»، جمع معرفه به «ال» جنس است که افاده عموم می کند. بنابراین اصل، لزوم عقدهاست، مگر به دلیل خارج خلاف آن ثابت شود. برخی دیگر «ال» را عهدی دانسته و گفته اند: مقصود عقدهایی است که از ناحیه شارع، دلیلی بر صحت آن‌ها وجود داشته باشد (قمی، ۱۳۷۹: ۳۷۲/۱).

۳-۱-۱-۳. اطلاق آیه ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ (نساء/ ۲۹):

۳-۱-۱-۴. اطلاق حدیث «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسِهِ» (ابن ابی‌جمهور احسائی، ۱۴۰۳: ۲۴۰/۲):

کیفیت استدلال: اطلاق آیه و روایت، عقد مورد نظر ما را شامل است؛ زیرا این نیز تجارت است و مفروض این است که در مانحن‌فیه طیب نفس وجود دارد (موسوی قزوینی، بی تا: ۷۱۵/۵).

نقد و بررسی: مفاد آیه و حدیث مزبور، دلالت بر مقارنت طیبِ نفس و رضای باطنی دارد و اینکه باید طیب نفس به هنگام عقد وجود داشته باشد و چون در بیع فضولی، شرط مزبور نیست، پس «إِذَا اتَّفَقَى الشَّرْطُ اتَّفَقَى الْمَشْرُوطُ» (همدانی، ۱۴۲۰: ۲۲/۱). همچنین منظور از تراضی، تراضی مالکان مال است، نه تراضی دیگران؛ تراضی دیگران با عناوین دیگر، ارزشی ندارد (تبریزی، ۱۴۲۵: ۳۸۳/۲) و به حکم عقل، رضایت لاحق در رفع قبح ثابت در حال تصرف (یعنی در حال بیع فضولی) فایده‌ای ندارد (ایروانی نجفی، ۱۳۸۴: ۱۲۱/۱).

۳-۱-۱-۵. روایات نکاح عبد:

بر طبق این روایات، اگر عبدی بدون اذن مولایش ازدواج کرد و سپس مولی مطلع شد و سکوت کرد، این سکوت، اقرار و علامت رضایت مولی به نکاح عبد است (طباطبایی قمی، ۱۴۱۳: ۲۸۴/۲). در این گونه موارد، عقد قبلاً به موجب انشای صیغه

محقق شده و رضا فقط برای تحقق آثار عقد ضروری است؛ به دلیل اینکه بر مبنای ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، عقد سبب تام در تملیک است (مجاهد طباطبایی حائری، بی تا: ۲۹۰/۱).

نقد و بررسی: از این روایات استفاده می‌شود که عقد با اجازه تصحیح می‌شود و نیازی به عقد جدید نیست و عبد، مخالفت با خدا نکرده است تا عقد قابل تصحیح نباشد؛ بلکه مخالفت با مولی کرده و اجازه مولی، عقد را تصحیح می‌کند و مراد از معصیت مولی، انعقاد نکاح بدون اجازه اوست و رضایت مالک، در رفع معصیت کافی است (طباطبایی حکیم، بی تا: ۵۰۲/۱۴)؛ از طرفی بنا بر قاعده «العقود تابعة للقصد»، عقد تابع قصد است. در مانحن فیه هم عبد قصد نکاح برای خودش را داشته و برای او هم واقع شده است و رضایت مالک، فقط آثار عقد را بر آن مترتب کرده است.

استدلال نویسنده: بحث ما در جایی است که قبلاً مالک، فضول را نهی کرده باشد و فضول مال غیر را با سبق نهی صاحب آن بفروشد؛ در حالی که روایت مذکور فقط این مقدار دلالت دارد که عبد برای ازدواجش، از مولی اجازه نگرفته است، که اگر مولی اجازه دهد، نکاح صحت فعلیه می‌یابد. لذا خبر مذکور، اخص از مدّعی ماست؛ زیرا فقط بر قسم اول که مال خودش است، ولی متعلق حق غیر می‌باشد، دلالت می‌کند.

۳-۱-۶. روایت عروه بارقی:

«دفع إليه النبي ﷺ ديناراً، وقال له: اشتر لنا به شاة للأضحية. فاشترى به شاتين، ثم باع أحدهما في الطريق بدينار، فأتى النبي ﷺ بالشاة والدينار. فقال له رسول الله ﷺ: برك الله لك في صفقة يمينك» (نوری طبرسی، ۱۴۰۷: ۱۳/۲۴۵).

کیفیت استدلال: وجه دلالت روایت بر صحت بیع فضولی، آن است که مقتضای معامله، وقوع معامله همراه با طیب نفس مالک و فقدان مانع است که حاصل شده و اذن سابق نیز معتبر نیست (مروج جزائری، ۱۴۱۶: ۴/۵۴۲).

نقد و بررسی: اولاً، در فضولی بودن بیع مزبور تردید است؛ زیرا به دنبال بیع، قبض و اقباض صورت گرفته، که اگر بیع فضولی بود، این تصرفات جایز نبود و چه بسا با علم به رضایت مالک، اصلاً فضولی نباشد؛ زیرا به دنبال کار عروه، تقریر پیامبر ﷺ را داریم که تقریر، دلیل بر حلال بودن قبض و اقباض و کاشف از عدم فضولیت است

(طباطبایی حکیم، بی تا: ۵۰۱/۱۴). ثانیاً، بر فرض صحت این بیع به عنوان بیع فضولی، بحث ما در جایی است که بیع لنفسه باشد نه للمالک، که میان این دو فرق است؛ زیرا در بیع لنفسه، غاصب برای خود معامله را انجام می دهد.

استدلال نویسنده: بر فرض که حدیث مزبور، دلیل بر صحت بیع فضولی باشد، ولی شامل مدّعی ما (بطلان بیع فضولی لنفسه) نمی شود؛ زیرا در این حدیث، سخن از رضایت مالک به انجام معامله است، در حالی که در بیع فضولی لنفسه، غاصب بدون رضایت مالک و به قصد تملک ثمن برای خود، معامله را انجام می دهد؛ لذا نمی توان به این حدیث بر صحت بیع فضولی لنفسه استناد کرد.

### ۲-۱-۳. اطلاق اکثر مؤیدات باب بیع فضولی

بیشتر مؤیدات باب بیع فضولی اطلاق داشته و مسئله فروش مال غیر برای خود را نیز شامل می گردد؛ مثل فروشنده اقاله گر (که با اعتقاد به مالک بودن، پارچه مردمان را برای خویشتن فروخته بود) (موسوی خویی، بی تا: ۱۱۷/۴).

به عقیده شیخ انصاری: اولاً، غاصب خودش را مالک می داند، لذا معاوضه حقیقی از او متمسکی می شود. ثانیاً، حقیقت معاوضه و بیع آن است که ثمن داخل در ملک کسی شود که مضمن از ملکش خارج شده است و قصد غاصب فضولی، یک امر زائدی است که تأثیری در معامله ندارد و به حقیقت بیع ضرری نمی رساند (انصاری، ۱۴۳۷: ۳/۳۸۱).

نقد و بررسی: اگر بگویید که فضول خود را ادعائاً مالک قرار می دهد، بنابراین معاوضه حقیقی تحقق می یابد، می گوئیم که ملکیت ادعایی، مطلبی بی معناست. چطور امکان دارد من خود را اعتقاداً یا عدواناً مالک ملک دیگری بدانم، سپس بر اساس این ادعا، آن ملک را بفروشم. عرف چنین مطلبی را غصب و ظلم می داند (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۸: ۲/۸۱). علامه در قواعد فرموده است: مالک بودن یا به منزله او بودن (وکیل و ولی)، از شروط صحت معامله است. سپس با فاء تفریع فرموده است: پس عقد فضولی، موقوف بر اجازه مالک است (مروارید، ۱۴۱۰: ۱۴/۵۰۳). محقق ثانی این تفریع را بی جا می داند؛ زیرا وقتی مأذون بودن را شرط صحت دانستید، قانون این است

که بگوید عقد فضولی باطل است (إذا اتفقی الشرط اتفقی المشروط) (کرکی عاملی، ۱۴۰۸: ۶۹/۴).

به باور نویسنده، این روایات هر کدام در باب خاصی وارد شده و جنبه عمومیت به عنوان دلیل ندارند؛ بلکه صرفاً به عنوان معاضد و مؤید ارزش دارند.

### ۳-۱-۳. روایت محمد بن قیس

«عن محمد بن قیس عن أبی جعفر علیه السلام قال: قضی فی ولیدة باعها ابنٌ سیدها وأبوه غائبٌ فاشتراها رجل فولدت منه غلاماً ثم قدم سیدها الأول فخاصم سیدها الأخير، فقال: هذه ولیدتی باعها ابنی بغير إذنی. فقال: خذ ولیدتک وابنها، فناشده المشتري، فقال: خذ ابنه - یعنی الذی باع الولیة - حتى ینفذ لك ما باعک، فلما أخذ البیع الابن. قال أبوه: أرسل ابنی. فقال: لا أرسل ابنک حتى ترسل ابنی. فلما رأى ذلك سید الولیة الأول أجاز بیع ابنه» (حز عاملی، ۱۳۹۱: ۲۰۳/۲۱).

کیفیت استدلال: این حدیث بر صحت بیع فضولی دلالت دارد؛ زیرا در صدر حدیث، سخن از بیع فضولی فرزند نسبت به کنیز پدر، و در ذیل حدیث، سخن از تنفیذ و اجازه مالک اصلی است (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۱۶۳/۲). حال ممکن است در روایت خدشه شود به اینکه مالک ابتدا بیع را رد کرد؛ در حالی که طبق نظر قائلان به صحت بیع فضولی، اجازه بعد از رد سودی ندارد (قمی، ۱۳۷۹: ۳۷۳/۱). فخرالمحققین می‌فرماید: بعضی از کسانی که قسم اول در بیع فضولی (بیع لغیره) را قبول دارند، در صورتی اجازه مالک بعد از معامله فضولی را موجب صحت معامله می‌دانند که خود مالک قبلاً نهی نکرده باشد (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۴۱۷/۱). برخی در پاسخ گفته‌اند: روایت، صراحت یا حتی ظهور در رد ندارد؛ بلکه نهایت اینکه مالک مردد در امضا و فسخ بوده و تردید مستلزم فسخ نیست؛ بلکه فسخ باید صراحتاً اعلام شود (قمی، ۱۳۷۹: ۳۷۳/۱).

نقد و بررسی: روایت مذکور ظهور در بیع لنفسه دارد؛ زیرا مقصود فرزند از فروش مال پدر در غیاب او و بدون اجازه او، انتفاع شخصی از مال و بهره‌مندی از ثمن آن بوده است (مروج جزائی، ۱۴۱۶: ۵۴۲/۴). حال با توجه به قاعده «العقود تابعة للقصود»، نقدی که بر قول مشهور مبنی بر صحت بیع فضولی با اجازه مالک وجود دارد، این است که بین اجازه مالک اصلی و انشاء فضولی مغایرت وجود دارد؛ زیرا فضولی با انشایی



که واقع کرده، می‌خواهد مالکیت خویش بر مضمن را ثابت کند، اما مُجیز با اجازه می‌خواهد مالکیتِ مالک اصلی را اثبات کند؛ بنابراین «المجاز غیر مُنشأ و المُنشأ غیر مجاز» (همان: ۲۵۳/۵).

استدلال نویسنده: مورد روایت، قضیه شخصی بوده و اختصاص به موردی خاص داشته و امام هم بر مبنایی خاص، چنین حکمی کرده است؛ لذا حکم قابل سرایت به موارد دیگر نیست. خلاصه اینکه ما با صحت بیع فضولی برای مالک مخالف نیستیم؛ اما از نظر ما، میان بیع فضولی للمالک و بیع فضولی لنفسه فرق است و در قسم اخیر مناقشه داریم.

### ۲-۳. ادله قول صحت بیع فضولی برای فضول

کاشف‌الغطاء و پیروانش نیز دو دلیل برای اثبات ادعای خود می‌آورند:

۱-۲-۳. باب اجازه لاحق را به باب اذن سابق قیاس کرده‌اند. در باب اذن سابق، اگر مالکی به دیگری بگوید: کالای مرا برای خودت بفروش با این منظور که متاع مال من باشد، ولی بیع برای تو واقع شود، این ظاهراً نامعقول است؛ زیرا «لا بیع إلا فی ملک». بر این اساس، چه مانعی دارد که اجازه بعدی را هم مانند اذن قبلی بدانیم و بگوییم: فرقی نیست بین اینکه ابتدا اذن به معامله دهد یا بعداً مالک اصلی، معامله را اجازه کند (کاشف‌الغطاء، بی‌تا: ۶۰). اثر این اجازه آن است که یک آن قبل از انتقال، مبیع به فضول تملیک می‌شود و فضول بیع را صحیحاً لنفسه واقع می‌کند (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۸: ۷۸/۲).

۲-۲-۳. اصولاً دلیلی بر اینکه عاقد باید در هنگام عقد و آن‌ما قبل عقد، مالک مبیع باشد تا عوض به او منتقل شود، در دست نیست؛ بلکه همین که با اجازه مالک، خرید و فروش کند، کفایت می‌کند (کاشف‌الغطاء، بی‌تا: ۶۰). پس در اصل، مالک با گفتن «بیع هذا لنفسک»، ثمن را به فضول تملیک کرده است (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۸: ۷۸/۲).

شیخ انصاری می‌فرماید که هر دو دلیل قابل مناقشه است؛ اما دلیل اول: اولاً، قیاس اجازه لاحق به اذن سابق صحیح نیست و مجرد اذن مالک به بیع مالش برای دیگری، موجب وقوع معامله برای شخص مأذون غیر مالک نمی‌شود؛ بلکه باید جعل و انشاء

ملکیت باشد تا بیع برای او واقع شود و وقتی در اذن سابق، مجرد اذن مالک، مؤثر در وقوع معامله نباشد، در اجازه لاحق، به طریق اولویت اجازه موجب مالک شدن شخص فضولی نخواهد بود. ثانیاً، بر فرض تأثیر اذن سابق در وقوع بیع یا شراء، قیاس باب اجازه به باب اذن، قیاس مع الفارق است. در باب اجازه لاحق در معاملات فضولی، قبلاً معامله واقع شده و قصد فضولی، فروش مال غیر و تملک ثمن برای خود است و مالک با اجازه خویش، [الف] یا اصل معامله را امضا می‌کند بدون اینکه فضولی قصد رجوع به بدل را داشته باشد، که در این صورت بر فرض صحت، معامله برای خود مالک واقع می‌شود، چون مقتضای معاوضه این است که هر کس مالک میباید بود، مالک عوض شود. [ب] یا اصل معامله را با قصد وقوع معامله برای شخص فضول امضا می‌کند، که در این فرض نیز اجازه تأثیری ندارد و به صرف بناگذاری بر تملیک یا اذن در تملیک، ملکیت درست نمی‌شود. به هر حال، دلیلی برای وقوع بیع برای خود فضولی نداریم (انصاری، ۱۴۳۷: ۳/۳۸۵). اما دلیل دوم، در جواب آن هم باید بگوییم که حقیقت بیع، وقوع معامله برای شخص مالک است. در این فرض، چون شخص مالک نیست، پس معنای معاوضه محقق نمی‌شود (همان: ۳/۳۸۶). لذا علامه حلی (بی‌تا: ۱/۱۵۱)، محقق حلی (۱۴۰۳: ۲/۳۲) و شیخ طوسی در مبسوط (بی‌تا(الف): ۲/۱۲۱)، تصریح به بطلان معامله با مال غیر برای خود کرده‌اند.

استدلال نویسندگان: اگر قائل به صحت بیع فضولی برای فضول شویم، این با قاعده سلطنت بر اموال منافات دارد و دست سارق و غاصب را برای سوء استفاده از اموال مردم باز می‌کند؛ پس باید جلوی تجزّی این افراد را گرفت.

### ۳-۳. ادله قول بطلان بیع فضولی مطلقاً

عده‌ای از فقها، قائل به بطلان بیع فضولی شده و گفته‌اند: این بیع از ریشه باطل است و حتی اجازه لاحق هم نقش و تأثیری ندارد (فیض کاشانی، بی‌تا: ۳/۴۶). ایشان برای بطلان، به ادله اربعه تمسک کرده‌اند:

#### ۳-۳-۱. قرآن

استناد به آیه ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً﴾ (نساء / ۲۹).

کیفیت استدلال: این آیه از دو راه می‌تواند بطلان عقد فضولی را ثابت کند: نخست از راه مفهوم حصر: تنها تجارتی مبیح (اباحه‌کننده) مال است که «عن تراضٍ» باشد. اگر نباشد، مبیح مال نیست؛ اگرچه رضایت به آن ملحق شود. مسلم است که بیع فضولی داخل در مستثنا (إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم) نمی‌شود؛ بلکه داخل در مستثنا منه (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل) است. پس صریحاً ثابت شد که بیع فضولی باطل است. دوم از راه مفهوم وصف: «عن تراضٍ» وصف تجارت است و مفهوم آن این است که هر گاه وصف عن تراض نباشد، این تجارت مبیح مال نیست؛ بلکه اکل مال بالباطل است (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۸: ۶۱/۲).

نقد و بررسی: هر دو دلیل قابل مناقشه است؛ در جواب دلیل اول باید گفت که آیه دلالتی بر حصر ندارد؛ زیرا اولاً، عده‌ای از مفسران صریحاً بیان کرده‌اند که آیه دلالتی بر حصر ندارد (طبرسی، ۱۴۰۳: ۳۶/۳). ثانیاً، استثناء منقطع است، در حالی که مفهوم حصر در جایی می‌آید که استثناء متصل باشد (انصاری، ۱۳۳۷: ۳۶۴/۳). در جواب دلیل دوم هم باید گفت که آیه دلالتی بر مفهوم وصف ندارد؛ زیرا اولاً، وصف مفهوم ندارد. ثانیاً، بر فرض که وصف مفهوم داشته باشد، این در صورتی است که وصف، قید احترازی باشد نه غالبی، در حالی که «عن تراضٍ» قید غالبی است (ایروانی نجفی، ۱۳۸۴: ۱۲۰/۱). نتیجه اینکه: آیه در مقام نهی از تجارتی است که بدون تراضی واقع می‌گردد و نسبت به اینکه رضایت مذکور مقارن با عقد یا پس از آن باشد، اطلاق دارد. بنابراین عقد فضولی که بنا بر فرض، رضایت بعدی مالک را به دنبال دارد، مصداق تجارتی است که از روی تراضی صورت گرفته و صحیح است (غروی تبریزی، ۱۳۸۳: ۴۱۱/۱).

### ۳-۲-۳. سنت

۱- حدیث نبوی «لا تبع ما لیس عندک» (حرّ عاملی، ۱۳۹۱: ۳۴۷/۱۲).

۲- حدیث نبوی «لا بیع إلا فیما یملک» (نوری طبرسی، ۱۴۰۷: ۵/۳).

کیفیت استدلال: اولاً، «لا تبع» نهی است و مستقیماً به خود بیع و معامله تعلق گرفته و چنین نهی ارشاد به فساد است. ثانیاً، منظور از «ما لیس عندک» کنایه است؛ یعنی مالی را که بر آن سلطنت نداری، نفروش. ثالثاً، نسبت به چیزی که انسان مالک

آن نیست، اصلاً بیع محقق نمی‌شود؛ حال یا منظور نفی جنس است که این اصلاً بیع نیست و یا منظور نفی صحت است که چنین بیعی صحیح نیست (آل بحر العلوم، ۱۴۰۳: ۲۹۹/۲).

نقد و بررسی دو روایت فوق: اولاً، این دو روایت، ظهور در بیع لئفسه دارد و تصرف در مال غیر را برای خود نهی کرده است نه برای مالک (غروی تبریزی، ۱۳۸۳: ۱/۴۱۰). ثانیاً، مراد از بیعی که متعلق نهی واقع شده، این است که همان گونه که ملک خودت را منجزاً می‌فروشی و از اول، اثر مقصود که ملکیت است، بر آن مترتب است، نسبت به مالی که ملک تو نیست، این گونه معامله نکن؛ ولی این منافاتی ندارد با آنکه معامله فضولی، قابلیت لحوق اجازه را داشته باشد و با اجازه بعدی مالک اصلی برای او واقع شود و این مطلب را روایت منع نکرده و ادله صحت بیع فضولی، آن را شامل است (انصاری، ۱۴۳۷: ۳/۳۶۸). ثالثاً، بر فرض که حدیث نبوی اطلاق داشته باشد و منظور این باشد که «بیع مالیس عنده» کلاً باطل است و چه بعداً اجازه بکند یا نه، فایده‌ای ندارد، ولی ادله صحت بیع فضولی از این حیث اخص هستند و دلالت می‌کنند که این بیع برای مالک اصلی با اجازه او واقع می‌شود و این ادله، موجب تخصیص حدیث نبوی می‌گردد (مروج جزائری، ۱۴۱۶: ۴/۵۰۰).

۳- روایت حمیری از امام زمان عجل الله تعالی فرجه: ابتیاع ضیعه و باغ جایز نیست، مگر از مالک آن خریداری کنی یا به امر مالک باشد و یا با احرار رضایت مالک باشد؛ پس اگر هیچ کدام نبود، شراء نافذ نیست (حز عاملی، ۱۳۹۱: ۱۲/۲۵۰).

۴- صحیح محمد بن مسلم: مردی زمینی را خریداری کرد و اهل آن سرزمین مدعی بودند که این زمین مال ماست و اهل استان می‌گفتند که این زمین از اراضی ماست. امام فرمود: بدون رضایت صاحبان زمین خریداری نکن که این شراء تو بی‌فایده است (همان: ۱۲/۲۴۹).

نقد و بررسی روایات فوق: اولاً، «لا» و «إلا» در این روایات مفید حصر است و منظور این است که معامله بدون طیب نفس مالک صحیح نیست؛ اما اینکه طیب نفس سابق باشد، لازم نیست، بلکه مطلق رضایت ولو لاحقاً کفایت می‌کند (انصاری، ۱۴۳۷: ۳/۳۶۹). ثانیاً، نهی اگرچه مقتضی فساد است، منتها این فساد به معنای عدم ترتب اثر

یعنی نقل و انتقال است و معلوم است که اثر بر عقد فضولی مترتب نمی‌شود، مگر اینکه رضایت به آن ملحق شود. به همین دلیل واجب است که این روایات را با ادله صحت عقد فضولی تخصیص بزیم (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۸: ۶۵/۲).

### ۳-۳-۳. اجماع

گروهی از فقها، بر بطلان بیع فضولی ادعای اجماع کرده‌اند. یکی از مدعیان اجماع، شیخ طوسی در کتاب *خلاف* است (۱۴۰۷: ۱۶۸/۳). البته خود ایشان اقرار و اعتراف کرده به اینکه مختار گروهی از فقهای امامیه، صحت بیع فضولی است و با وجود این مخالفت، ادعای اجماع کرده است؛ ولی این مخالفت قابل اعتنا نیست (مروارید، ۱۴۱۰: ۱۱۴/۳۵). از دیگر مدعیان اجماع، ابن زهره در *غنیه* (۱۳۷۴: ۲۰۷) و ابن ادریس *حلی* در *سرائر* (۱۴۱۰: ۴۱۵/۲) است.

نقد و بررسی: اولاً، ظن به اجماع بر بطلان عقد فضولی وجود ندارد، بلکه ظن به عدم اجماع وجود دارد؛ زیرا فقهای متقدم و متأخر، طرفدار صحت بیع فضولی هستند و حتی خود شیخ طوسی که در کتاب *خلاف* ادعای اجماع کرده و در کتاب *نهایه صریحاً* فتوا به صحت بیع فضولی داده است (طوسی، بی‌تا(ب): ۳۸۵) و تنها گروهی از متأخران از قبیل *فخرالمحققین*، *مقدس اردبیلی*، *میرداماد*، *صاحب حدائق*، *محدث جزائری* و علامه *طباطبایی* فتوا به بطلان داده‌اند (بحرانی، ۱۳۵۹: ۳۷۷/۱۸). حال با وجود این همه مخالفت، اصلاً اجماعی نیست. ثانیاً، مورد اجماع ابن ادریس، *شراء غاصب* و فضولی است، در حالی که بحث ما در معامله برای خود مالک است (ابن ادریس *حلی*، ۱۴۱۰: ۴۱۵/۲).

### ۴-۳-۳. حکم عقل

عقل و نقل هر دو دلالت می‌کنند بر اینکه تصرف در مال غیر جایز نیست، مگر با اجازه او. پس رضایت لاحق، آن قبح و حرمت سابق را از بین نمی‌برد (لأنّ الشیء لا ینقلب عمّا وقع علیه) (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۲۲/۱). بیع فضولی هم یک نوع تصرف در مال غیر بدون اذن مالک است (صغری). تصرف در مال غیر بدون اذن مالک قبیح و حرام است (کبری). پس بیع فضولی حرام و قبیح است (نتیجه). حرمت هم ملازم با

فساد است؛ پس بیع فضولی فاسد و باطل است (نتیجه نهایی) (موسوی خویی، بی تا: ۱۰۱/۴). نقد و بررسی: حکم عقل قابل مناقشه است، از این جهت که: اولاً، صغری را قبول نداریم؛ زیرا مجرد انشاء صیغه از سوی فضولی، شرعاً و عقلاً تصرف در ملک غیر محسوب نمی شود. ثانیاً، بر فرض که مجرد انشاء فضولی، نوعی تصرف در ملک غیر بدون اذن مالک باشد، لکن یقیناً چنین تصرفات جزئی جایز و بلا مانع است و عقل و شرع هر کدام مستقل به جواز آن است. ثالثاً، حرمت ملازم با فساد نیست؛ زیرا در اینجا نهی ارشادی نیست که مقتضی فساد باشد، بلکه مولوی و تکلیفی است که حداکثر دلالت می کند بر اینکه بیع فضولی حرام و عقاب آور است. رابعاً، بر فرض که بیع فضولی حرام و منهی باشد و نهی مذکور هم دال بر فساد باشد، منظور ما از صحت بیع فضولی این است که با اجازه بعدی صحیح است و خود عقد، جزء سبب است نه سبب تام؛ پس سبب مستقل نبودن، منافاتی با مدعای ما ندارد (انصاری، ۱۴۳۷: ۳/۳۷۱).

استدلال نویسندگان بنا بر تحلیل ما، به جهت اقتضای مصلحت و جلوگیری از هرج و مرج اقتصادی، بیع فضولی را به طور کلی باطل نمی دانیم. از نظر ما، بین بیع فضولی للمالک و بیع فضولی لنفسه فرق است. قسم اول صحیح و قسم دوم با توجه به قاعده «العقود تابعة للقصد» محکوم به بطلان است.

### ۳-۴. ادله قول بطلان بیع فضولی لنفسه

گروهی از فقها، قائل به فرق میان بیع فضولی للمالک و بیع فضولی لنفسه شده و گفته اند: بیع فضولی للمالک با اجازه مالک صحیح است؛ ولی بیع فضولی لنفسه باطل است. صاحب ریاض فرموده است: اگر فضول، مال مردم را برای خود بفروشد، چنین معامله ای باطل است (طباطبایی حائری، ۱۴۱۲: ۵۱۲/۱) و به علامه نسبت داده که: «خلافی در بطلان معامله نیست» (علامه حلی، بی تا: ۴۶۳/۱) و وجوهی را برای بیان فرق بین آنها آورده اند، از جمله:

۳-۴-۱. اخبار و روایاتی که تحت عنوان سنت ذکر شده است، مانند:

۱- حدیث نبوی «لا تبع ما لیس عندک» (حرّ عاملی، ۱۳۹۱: ۳۷۴/۱۲).

۲- حدیث نبوی «لا بیع إلا فی المملک» (ابن ابی جمهور احسائی، ۱۴۰۳: ۲۴۷/۲).

کیفیت استدلال: روایات دال بر «لا تبع ما لیس عندک» و «لا بیع إلا فیما یملک»، همگی ناظر به بیع فضولی بنفسه هستند و کاملاً ثابت می‌کنند که بیع غاصب بنفسه باطل است (مروج جزائری، ۱۴۱۶: ۵۴۳/۴) و اگر بگویید که بیع فضولی بنفسه خودش فی نفسه باطل است، اما با اجازه مالک صحیح می‌شود، می‌گوییم: اجازه مالک اگر قرار باشد به نفس انشاء فضول بخورد، در این صورت معامله برای مالک نمی‌شود (العقود تابعة للقصود)، و اگر اجازه مالک به نفس انشاء تعلق نگرفته، بلکه به وقوع عقد برای خودش تعلق بگیرد، در این صورت، نیاز به قصد و انشاء جدید دارد (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۸: ۸۱/۲). به عقیده صاحب جواهر نیز اگر فضولی، کلی فی الذمه را بنفسه بفروشد، صحیح است، ولی اگر عین شخصی را بنفسه بفروشد، معامله باطل است (نجفی، بی تا: ۲۲/۲۸۳).

۳-۴-۲. در فروش مال غیر توسط غاصب، غصب اماره‌ای است که دلالت بر کراهت و عدم رضایت مالک به معامله می‌کند؛ در حالی که در صحت بیع فضولی شرط است که منع و کراهتی پیش از معامله نباشد، و از آنجا که بیع فضولی غاصب، فاقد این شرط است، پس باطل است (إذا انتفی الشرط انتفی المشروط) (فخرالمحققین حلّی، ۱۳۸۷: ۴۱۷/۱). محقق ثانی در تأیید این دیدگاه می‌فرماید: در فروش مال غیر توسط غاصب، احتمال بطلان در معامله وجود دارد؛ زیرا قرینه‌ای همراه معامله است و آن غصب است که دال بر عدم رضاست؛ یعنی هیچ کس راضی به تصرفات یعی غاصب نیست (کرکی عاملی، ۱۴۰۸: ۶۹/۴). پس هر جا غصب مطرح بود، از موارد مسبوق به نهی است و موجب بطلان معامله می‌شود.

نقد دیدگاه فوق: به عقیده شیخ انصاری، عدم رضای باطنی و حتی کراهت بعد از عقد باعث نمی‌شود که بیع باطل شود؛ زیرا صحت بیع فضولی به اجازه، و بطلان آن به رد می‌باشد، و رد و اجازه هر دو باید انشاء شوند؛ زیرا ممکن است این کراهت و عدم رضایت قلبی با ادله و صحبت‌های بعدی فضولی برطرف شود (انصاری، ۱۴۳۷: ۴۲۵/۳).

نقد دیدگاه شیخ انصاری: نهی مالک قبل از معامله، دلالت بر کراهت او از انجام معامله می‌کند؛ پس تفاوتی با رد پس از معامله ندارد و باعث بطلان عقد می‌شود. حال صرف اعلام رضایت مالک به انجام معامله، باعث وقوع معامله برای او نمی‌شود؛ بلکه

نیاز به انشاء جدید دارد (طباطبایی بزدی، ۱۴۲۳: ۱۱۳/۲).

استدلال نویسندگان: بنابراین آنچه باعث بطلان معامله می‌شود، صرف کراهت نیست؛ بلکه انشایی است که قبل از عقد واقع شده و منشأ آن نیز تا بعد عقد ادامه یافته و مانند رد عمل می‌کند و معامله را کأن لم یکن می‌کند.

۳-۴-۳. قصد غاصب از فروش مال غیر این است که معامله برای خودش واقع شود. پس در حقیقت، قصد معاوضه و مبادله حقیقی ندارد و هر جا قصد معاوضه حقیقی در بین نباشد، معامله باطل است؛ لذا بیع فضولی لنفسه باطل است (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۱۸۶/۲). فقها گفته‌اند قاعده معاوضه اقتضا دارد که معامله نسبت به ثمن یا مبیع هر کسی واقع شد، معامله برای همان صاحب ثمن و یا مبیع باشد. در این نوع معامله، معنای معاوضه تحقق نمی‌یابد؛ زیرا فضول مثن را از ملکیت مالک اصلی خارج کرده و به مشتری می‌دهد، در حالی که ثمن را از مشتری گرفته و تحت ملکیت خود وارد می‌کند و این باعث بطلان معامله می‌شود (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۸: ۸۰/۲). از طرف دیگر، تبعیت عقد از قصد اقتضا دارد که ملکیت برای شخصی باشد که در ضمن معامله قصد می‌شود. در تعارض این دو قاعده باید حکم به بطلان عقد نمود؛ زیرا معامله برای مالک واقعی مال قصد نشده و کسی هم که قصد شده، مالک عوض نمی‌باشد (مروج جزائری، ۱۴۱۶: ۵۴۹/۴).

شیخ انصاری در رفع این اشکال فرموده است: غاصب به زعم خویش ادعا می‌کند که مالک است و بعد از این ادعا، در واقع مثن را از ملک مالک خارج، و ثمن را نیز داخل در ملک مالک کرده است. در این صورت، قصد جدی از بایع فضولی متمشی می‌شود (انصاری، ۱۴۳۷: ۳۷۷/۳).

نقد کلام شیخ انصاری: ۱- اشکال عقلی: به صرف ادعا، قصد جدی که برای تحقق بیع و معاوضه حقیقی لازم است، درست نمی‌شود و امر صوری و ادعا کارایی ندارد. بر فرض که کلام شیخ درست باشد و صرف ادعا، عنوان فضولی بودن را بر عقد مترتب کند، باز این اخص از مدعاست؛ زیرا مدعا و محل بحث ما آن است که بایع فضولی، مال غیر را برای خودش بفروشد (کوه‌کمری، ۱۴۰۹: ۲۷۲). ۲- اشکال عقلایی: بر فرض که پذیریم غاصب با ادعای مالکیت معامله کند، اشکال دیگری که به وجود



می‌آید این است که مُنشأ غیر از مُجاز است و مُجاز غیر از مُنشأ می‌باشد (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۱۹۲/۲).

۳-۴-۴. طبق نظر فقها، شراء با مال خود برای دیگران به صورتی که مستلزم خروج ثمن از ملک مالک اصلی و ورود مبیع در ملک خریدار باشد، باطل است؛ زیرا با مقتضای معاوضه منافات دارد. حال برخی از محققان، بطلان شراء در فرض مذکور را مستلزم بطلان بیع در مانحن فیه می‌دانند؛ زیرا مانحن فیه، عکس فرع مذکور است و قانون منطقی آن است که: «کَلَّمَا صَدَقَ الْأَصْلُ، صَدَقَ الْعَكْسُ» (هر جا اصل باطل بود، عکس هم باطل خواهد بود) (شهیدی تبریزی، ۱۳۷۵: ۲۷۷).

نقد شیخ انصاری بر قول مزبور: مانحن فیه، عکس فرع مذکور نیست؛ زیرا در مانحن فیه، فضول با ادعا و اعتقاد به مالکیت، قصد بیع می‌کند، در حالی که در فرع مذکور، خریدار یا مالک اصلی اعتقاد به مالکیت طرف مقابل ندارد. لذا فقط بیع صوری اتفاق افتاده است (انصاری، ۱۴۳۷: ۳۷۹/۳).

استدلال نویسنده: جواب از این اشکال، همان است که در فرض قبلی بیان کردیم که به صرف ادعای مالکیت، مالکیت درست نمی‌شود و طبق قاعده «العقود تابعة للقصود»، مُنشأ غیر از مُجاز است و مُجاز غیر از مُنشأ می‌باشد.

۳-۴-۵. در بیع فضولی لِنَفْسِهِ، مشتری رضایت خویش را نسبت به دادوستد با شخص فضولی مطرح نموده است. حال اگر اجازه مالک، عقد را برای مالک منعقد می‌کند، پس تکلیف رضایت مشتری چه می‌شود؟ چگونه احراز می‌شود که مشتری راضی به انعقاد معامله با مالک است؟ در حالی که در اینجا مالک بدون رضایت مشتری، کالای خود را در برابر مال وی می‌فروشد (مروج جزائری، ۱۴۱۶: ۵۴۳/۴).

علامه نیز در تذکره ضمن بیان اشکال فوق می‌فرماید: اگر فضولی، مال مردم را به دیگری بفروشد و خریدار با جهل به عدم مالکیت او، مستقیماً قصد تملیک ثمن به او کند، در صحت این نوع معامله اشکال است؛ زیرا خریدار، قصد تملیک ثمن به شخص عاقد داشته است، در حالی که غافل بوده از اینکه او مالک حقیقی مال نیست (علامه حلّی، بی‌تا: ۴۶۳/۱). لذا همان اشکال به قوت خود باقی است (ما أَنشَأَ لَمْ يَجْزِ، وما أُجِيزَ لَمْ يُنْشَأَ).

۳-۴-۶. غاصب، متاع دیگری را برای خود می‌فروشد، خریدار نیز با علم به غاصب بودن فروشنده، آن کالا را برای خود می‌خرد و به دنبال آن، قبض و اقباض محقق شده و بایع، ثمن را از خریدار دریافت می‌کند. در چنین فرضی، فقها معتقدند که حتی اگر مالک اصلی پس از اطلاع از معامله، معامله را اجازه کند، باز هم مالک ثمن نخواهد شد؛ زیرا سبب تملک غاصب، اقباض سابق، و سبب مالک شدن مالک، اجازه لاحق است و با وجود سبب مقدم، نوبت به سبب مؤخر نخواهد رسید (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۱۰۶/۱). میرزای قمی می‌فرماید: اجازه مالک باعث می‌شود که ثمن متعلق به مالک اصلی (مجیز) شود و این، عقد مستأنف و غیر از عقدی است که غاصب انشاء کرده است (قمی، ۱۳۷۹: ۲/۲۷۶).

نقد شیخ انصاری: اجازه، عقد مستأنف نیست؛ بلکه قبول آن چیزی است که واقع شده و چنین کلامی خلاف اجماع و عقل می‌باشد. به علاوه انشاء مشتری طوری بوده که پول متعلق به غاصب باشد و انشاء جدیدی به وجود نیامده است؛ لذا دلیلی بر کلام میرزای قمی وجود ندارد. ولی اشکال دوم همچنان باقی است (المُجاز غیر مُنْسَأً وَالْمُنْسَأُ غیر مُجَاز) (انصاری، ۱۴۳۷: ۳/۳۷۹).

### نتیجه‌گیری

از بین نظرات ذکر شده در باب بیع فضولی، به نظر می‌رسد بر مبنای قاعده «العقود تابعة للقصد»، نظریه بطلان بیع فضولی لنفسه از قوت بیشتری برخوردار باشد؛ زیرا در بیع غاصب، هدف غاصب از فروش مال غیر این است که بیع برای خودش منعقد شود، در حالی که اگر اجازه مالک را به معنای تحقق بیع برای مالک بدانیم، این با قصد غاصب از بیع منافات دارد (ما وَقَعَ لَمْ يُقْصَدْ وَمَا قُصِدَ لَمْ يَقَعْ). لذا با توجه به اینکه قانون مدنی نیز مستقیماً اشاره‌ای به بیع فضولی غاصب لنفسه نکرده است، اگر قائل به بطلان این نوع بیع شویم، می‌توانیم با جرم‌انگاری این نوع بیع به دلیل وجود قصد مجرمانه از باب سوء استفاده از اموال مردم، با وضع قوانین جدید، ضمانت اجرا و بازدارندگی بیشتری ایجاد کنیم.

## 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. آملی، محمد تقی، كتاب المكاسب والبيع، قم، دفتر انتشارات اسلامي، بی تا.
۳. ابن ابی جمهور احسانی، محمد بن زین الدین علی بن ابراهیم، عوالي اللئالی العزیزة فی الاحادیث الدینیة، قم، مطبعة سيد الشهداء عليه السلام، ۱۴۰۳ ق.
۴. ابن ادريس حلی، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۱۰ ق.
۵. ابن بزّاج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز بن نحریر، المهتّب، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۰۶ ق.
۶. ابن حمزه طوسی، عمادالدين ابو جعفر محمد بن علی، الوسيلة الی نیل الفضيلة، قم، کتابخانه آية الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ ق.
۷. ابن زهره، سيد ابوالمكارم حمزة بن علی حسینی حلبی، فقه استدلالی، ترجمه و تحقیق و تحشیه سید مهدی انجوی نژاد، مشهد، دانشگاه فردوسی مشهد، ۱۳۷۴ ش.
۸. ابن سعید حلی، یحیی، الجامع للشرائع، قم، مؤسسه سيد الشهداء العلمیه، ۱۴۰۵ ق.
۹. ابن فهد حلی، جمال الدين احمد بن محمد اسدی، المقتصر من شرح المختصر، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۱۰. ابن منظور افریقی مصری، ابوالفضل جمال الدين محمد بن مکرم، لسان العرب، تحقیق جمال الدين ميردامادی، چاپ سوم، بیروت، دار الفكر، ۱۴۱۴ ق.
۱۱. ابوصلاح حلبی، تقی الدین بن نجم الدین، الکافی فی الفقه، تصحیح رضا استادی، اصفهان، مكتبة امير المؤمنين عليه السلام، ۱۴۰۳ ق.
۱۲. انصاری، مرتضی بن محمد امین، المكاسب، قم، مجمع الفكر الاسلامي، ۱۴۳۷ ق.
۱۳. ایروانی نجفی، علی بن عبدالحسین، حاشية المكاسب، تهران، کیا، ۱۳۸۴ ش.
۱۴. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۳۵۹ ش.
۱۵. تبریزی، جواد بن علی، ارشاد الطالب الی تعليق علی المكاسب، قم، دار الصدیقه، ۱۴۲۵ ق.
۱۶. حرّ عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۳۹۱ ق.
۱۷. ره پیک، حسن، حقوق مدنی، حقوق قراردادها، چاپ دوم، تهران، خرسندی، ۱۳۸۷ ش.
۱۸. همو، حقوق مسئولیت مدنی و جبرانها، چاپ نوزدهم، تهران، خرسندی، ۱۳۹۰ ش.
۱۹. زراعت، عباس، قواعد فقه مدنی، چاپ دوم، تهران، جنگل، ۱۳۹۰ ش.
۲۰. سلار دیلمی، ابویعلی حمزة بن عبدالعزیز، المراسم العلویة و الاحکام النبویة، تصحیح محمود بستانی، قم، منشورات الحرمین، ۱۴۰۴ ق.
۲۱. شبیری زنجانى، سید موسی، درس خارج فقه، ۲۶ شهریور ۱۳۹۳ ش.، قابل دستیابی در وبگاه فقاها.
۲۲. شریف مرتضی، علم الهدی سید علی بن حسین بن موسی، مسائل الناصریات، بی جا، بی تا، ۱۴۱۷ ق.
۲۳. شهیدی تبریزی، میرزا فتاح، هدایة الطالب الی اسرار المكاسب، تبریز، اطلاعات، ۱۳۷۵ ق.
۲۴. طباطبائی حائری، سید علی بن محمد علی، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل، قم، مؤسسه آل

- البيت عليه السلام لاحياء التراث، ۱۴۱۲ ق.
۲۵. طباطبای حکیم، سید محسن، مستمسک العروة الوثقى، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۲۶. طباطبای حکیم، سید محمد سعید، الاحکام الفقہیہ، نجف، دار الہلال، ۱۴۲۷ ق.
۲۷. طباطبای قمی، سید تقی، عمدة المطالب فی التعلیق علی مکاسب، قم، کتاب فروشی محلاتی، ۱۴۱۳ ق.
۲۸. طباطبای یزدی، سید محمد کاظم بن عبدالعظیم، حاشیة مکاسب، قم، دار المصطفی، ۱۴۲۳ ق.
۲۹. طبرسی، امین الاسلام ابوعلی فضل بن حسن، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، قم، کتابخانہ آیة اللہ مرعشی نجفی، ۱۴۰۳ ق.
۳۰. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، المبسوط فی فقہ الامامیہ، قم، المكتبة المرتضویہ، بی تا. (الف)
۳۱. همو، النہایة فی مجرد الفقہ و الفتاوی، قم، قدس، بی تا. (ب)
۳۲. همو، کتاب الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۳۳. عاملی جزینی، محمد بن جمال الدین مکی، الدروس الشرعیة فی فقہ الامامیہ، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۴ ق.
۳۴. همو، غایة المراد فی شرح نکت الارشاد، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۳۵. علامہ حلّی، ابو منصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تذکرة الفقہاء، قم، المكتبة المرتضویہ، بی تا.
۳۶. غروی تبریزی، میرزا علی، التنقیح فی شرح مکاسب، تقریر ابجاث سید ابوالقاسم موسوی خوئی، قم، مؤسسة احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۳۸۳ ش.
۳۷. غروی نائینی، محمد حسن، منیة الطالب فی حاشیة مکاسب، تقریر موسی بن محمد نجفی خوانساری، تهران، المكتبة المحمدیہ، ۱۳۷۳ ق.
۳۸. فخرالمحققین حلّی، ابوطالب محمد بن حسن بن یوسف، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق.
۳۹. فیض کاشانی، محمد محسن بن شاه مرتضی، مفاتیح الشرائع، قم، کتابخانہ آیة اللہ مرعشی نجفی، بی تا.
۴۰. قمی، میرزا ابوالقاسم بن محمد حسن، جامع الشتات، تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۷۹ ش.
۴۱. کاتوزیان، ناصر، عقد معین، چاپ دهم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷ ش.
۴۲. کاشف الغطاء، جعفر، شرح القواعد، قم، کتابخانہ آیة اللہ مرعشی نجفی، بی تا.
۴۳. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، مؤسسة آل البيت عليه السلام لاحیاء التراث، ۱۴۰۸ ق.
۴۴. کوه کمری، سید محمد حجت، کتاب البیع، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۹ ق.
۴۵. گرجی، ابوالقاسم، مبانی حقوق اسلامی، تهران، مجد، ۱۳۸۷ ش.
۴۶. مجاهد طباطبای حائری، سید محمد بن علی، کتاب المناهل، قم، مؤسسة آل البيت عليه السلام لاحیاء التراث، بی تا.
۴۷. محقق حلّی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، بیروت، دار الاضواء، ۱۴۰۳ ق.
۴۸. محمدی، ابوالحسن، قواعد فقہ، چاپ چهاردهم، تهران، میزان، ۱۳۹۴ ش.
۴۹. مروارید، علی اصغر، الینابیع الفقہیہ، بیروت، دار التراث - الدار الاسلامیہ، ۱۴۱۰ ق.
۵۰. مروج جزائری، سید محمد جعفر، هدی الطالب فی شرح مکاسب، قم، دار الکتاب، ۱۴۱۶ ق.

۵۱. مصطفوی، سیدمحمدکاظم، *القواعد*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۲ ق.
۵۲. همو، *قواعد فقه ۲*، ترجمه و تطبیق عزیزالله فهیمی، تهران، میزان، ۱۳۹۰ ش.
۵۳. مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری بغدادی، *المقنعه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۵۴. موسوی بجنوردی، سیدحسن بن آقابرگ، *القواعد الفقهیه*، قم، الهادی، ۱۴۱۹ ق.
۵۵. موسوی بجنوردی، سیدمحمد بن حسن، *فقه مدنی*، تهران، مجد، ۱۳۸۸ ش.
۵۶. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *تحریر الوسیله*، قم، دار العلم، بی تا.
۵۷. همو، *کتاب البیع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.
۵۸. موسوی خوئی، سیدابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، تقریر محمدعلی توحیدی تبریزی، بیروت، دار الهادی، بی تا.
۵۹. موسوی قزوینی، سیدعلی، *ینایع الاحکام فی معرفة الحلال والحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، بی تا.
۶۰. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۶۱. نوری طبرسی، حسین بن محمدتقی، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، بیروت، مؤسسة آل البيت علیهم السلام، لاحیاء التراث، ۱۴۰۷ ق.
۶۲. همدانی، رضا بن محمدهادی، *حاشیه کتاب مکاسب*، قم، چاپخانه ستاره، ۱۴۲۰ ق.



## بررسی قابلیت اذن در ایجاد حق برای مأذون\*

- محمد صالحی مازندرانی<sup>۱</sup>
- علی جوادیه<sup>۲</sup>

### چکیده

اذن که اصولاً سبب حصول اباحه برای مأذون می‌شود، دارای ماهیت متزلزلی است که با رجوع آذن (در فرض فقدان شرط عدم رجوع)، و در هر صورت با فوت یا حجر احد طرفین (آذن/مأذون) از بین می‌رود؛ حال آنکه در برخی از موارد لازم است که اذن، ملازم با وصف بقاء باشد و به سادگی مرتفع نشود تا زوال آن موجب تضییع مأذون نشود. با تتبع در مواد قانون مدنی و آراء علمای حقوق و فقه این مهم نمایان گشت که اذن این قابلیت را داراست که بتواند برای مأذون، حق نیز ایجاد نماید. از ویژگی‌های مهم چنین اذنی می‌توان به مواردی همچون: عدم توانایی آذن در بر هم زدن آن، عدم زوال اذن اعطایی به واسطه فوت و حجر طرفین، قابلیت انتقال قهری و اختیاری حق ایجاد شده و... اشاره کرد. شناسایی چنین تأسیسی مستلزم آن خواهد بود که اذن، حداقل در مواردی

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۷/۱۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۱۰/۲۱.

۱. دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه قم (m.salehimazandarani@qom.ac.ir).

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه قم (نویسنده مسئول) (ali.javadi@qom.ac.ir).

که ایجاد حق می‌نماید، عمل حقوقی فرض شود؛ و الاً واقعه حقوقی انگاری اذن با پذیرش موجد حق بودن آن، غیر قابل جمع خواهد بود.

**واژگان کلیدی:** اذن، اذن محض، اباحه در تصرف، اذن حقی، سلب حق

رجوع.

### مقدمه

اذن برای مأذون ایجاد اباحه می‌نماید (بیات، ۱۳۹۶: ۷۰). بدین طریق مأذون مجوز تصرف در مال اذن را می‌یابد و حرمت و ضمان از وی برداشته می‌شود (اسماعیلی و دیگران، ۱۳۹۷: ۲۸). مهم‌ترین اثر ایجاد اباحه به وسیله اذن آن است که مأذون حقی نسبت به آنچه به آن اذن داده شده است، پیدا نمی‌کند. از این رو اصولاً حق تصرف، قائم به فرد بوده و امکان انتقال آن به دیگری وجود ندارد (بیات، ۱۳۹۶: ۳۴۵). همچنین هر آن، که اذن اختیار کند، می‌تواند از اذن خود رجوع کند (صیادی کوشک‌قاضی و دیگران، ۱۳۹۷: ۱۴۳). اگر بقای اذن برای مأذون دارای اهمیت باشد، امکان اسقاط حق رجوع مالک از اذن پیش‌بینی شده و بدین ترتیب اذن می‌تواند غیر قابل رجوع شود؛<sup>۱</sup> اگرچه در چنین وضعیتی نیز از میان بردن ارادی اذن منتهی شده، ولی همچنان انتفاء غیر ارادی آن ذیل عنوان انفساخ در موارد فوت و حجر یکی از طرفین اذن‌دهنده و اذن داده‌شده، باقی است.<sup>۲</sup> این بر خلاف زمانی است که برای فرد حقی ایجاد می‌شود. در این موارد اصولاً فرد صاحب حق می‌تواند آن را به دیگری انتقال دهد (بیات، ۱۳۹۶: ۴۷) و در صورت استنکاف متعهد، علیه وی اقامه دعوی کند (همان: ۳۹-۴۰). همچنین اعطاکننده حق، یک‌طرفه نمی‌تواند حق ایجادی را زایل سازد. فوت و حجر احد طرفین محق و متعهد نیز از بین برنده حق ایجادشده نیست.<sup>۳</sup>

با توجه به مقدمه مذکور، نوشتار حاضر در پی بررسی این مسئله است که آیا اذن، این قابلیت را دارد که برای مأذون حق ایجاد نماید؟ و در صورت مثبت بودن پاسخ، آیا در قوانین داخلی مصادیقی از چنین حقی به چشم می‌خورد یا خیر؟ علاوه بر این موارد،

۱. مستفاد از مواد ۱۰۸ و ۱۲۰ قانون مدنی.

۲. مستفاد از ماده ۹۵۴ قانون مدنی.

۳. مستفاد از ماده ۵۱ قانون مدنی.



بررسی قابلیت ایجاد حق در عقود اذنی - از این جهت که شالوده اصلی آن‌ها چیزی جز اذن نیست - می‌تواند پاسخ به پرسش اصلی طرح شده در نوشتار حاضر را هموارتر سازد. نتیجه عملی که می‌توان از بحث فوق گرفت آن است که اگر با توافق طرفین و یا به حسب شرایط و اوضاع و احوال، اذن موجد حق نیز معتبر شناخته شود، نگرانی مأذون از امکان رجوع از اذن و یا ارتفاع آن به سبب فوت و حجر برطرف می‌گردد و آثار دیگری که در فرض وجود حق برای محق مطرح است، اصولاً در این مورد جاری خواهد بود.

آنچه در بیان حقوق دانان و فقها در خصوص اذن و عقود اذنی بیشتر به چشم می‌خورد، رفع ممنوعیت و ایجاد اباحه در تصرف برای مأذون است و به غیر از بیانات پراکنده، به امکان ایجاد حق به وسیله آن، به صورت منسجم پرداخته نشده است و برخی که به آن اشاره کرده‌اند، آن را خارج از اذن دانسته‌اند.<sup>۱</sup>

## ۱. معنای حق

قدم نخست آن است که بررسی شود مراد از حقی که به وسیله اذن ایجاد می‌شود، چیست؟ نیل به این هدف، مستلزم تعریف لغوی و اصطلاحی واژه حق است.

### ۱-۱. معنای لغوی

در خصوص معنای لغوی واژه حق، علمای لغت اصولاً تعریف مشابهی را بیان کرده‌اند که به برخی از آن‌ها اشاره خواهد شد. در کتاب *التعريفات* آمده که حق همان ثابتی است که انکار آن توجیه‌پذیر نیست (جرجانی، ۱۴۲۴: ۷۲). در *لسان العرب*، حق نقیض باطل معنا شده و در ادامه اشاره شده است که حق به معنای ثبوت است (ابن منظور، ۱۴۰۸: ۲۵۵/۳-۲۵۶).

فیومی مقری (۱۹۸۷: ۵۵)، جوهری (۱۹۷۴: ۲۸۱/۱) و حسینی زبیدی (۱۴۰۶: ۳۷۵/۶) نیز در معاجم خود در مقابل واژه حق، به خلاف باطل بودن و ثبوت و ثابت بودن آن اشاره کرده‌اند. از این رو می‌توان ابراز داشت که ثبات و قرار، معنای اصلی حق نزد

۱. به این اقوال بعداً اشاره خواهد شد.

اکثر اهل لغت است و اگر معانی دیگری نیز برای واژه حق بیان شده است، بازگشتشان به همان معنای ثابت بودن است (نبویان، ۱۳۸۶: ۱۵۹-۱۶۰).

## ۲-۱. معنای اصطلاحی

در کتب اسلامی، حق را قدرت یک فرد انسانی مطابق قانون بر انسان دیگر یا بر یک مال و یا بر هر دو معنا کرده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۱۳). در اصطلاح فقهی، اگرچه معانی متعددی برای حق ذکر شده است، ولی می‌توان به نحوی همه را به معنای اعتبار سلطنت افراد بر افعال بازگشت داد (پورمولا، ۱۳۹۰: ۷۰). در خصوص حق، تعابیر دیگری همچون «اختصاص چیزی به کسی» به چشم می‌خورد؛ با تأکید بر این نکته که این اختصاص، مورد حمایت شارع است (ابوالسعود و زهران، ۱۹۹۸: ۱۸۳). گاهی به جای لفظ اختصاص، از واژه قدرت و یا نفع نیز استفاده شده است (موحد، ۱۳۸۴: ۴۴). همچنین گاهی اوقات، حق به عنوان امتیاز و توانایی خاص در برابر دیگران معنا شده است؛ با این فرض که این امتیازها را علم حقوق مشخص می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۴) و جامعه از آن‌ها حمایت می‌کند (همو، ۱۳۷۷: ۱/۱-۳۴). پس می‌توان نتیجه گرفت که تعابیر مختلفی همچون: سلطنت، اختصاص، قدرت، امتیاز، توانایی و... مفاهیم مشابهی هستند که همگی یک معنا را افاده می‌کنند. زمانی که برای شخص حقی ایجاد می‌شود، بدین معناست که قانون‌گذار به آن شخص امتیازی را اختصاص داده است که دیگران از آن بی‌بهره بوده و ملزم به رعایت آن‌اند. از این رو، تعبیر حق به «امر اعتباری وضع شده، که شخص و علیه دیگران» (مصباح یزدی، ۱۳۷۷: ۷-۲۵) می‌تواند تعبیر موجز و مفیدی در جهت تبیین معنای اصطلاحی حق باشد.

## ۲. معنای لغوی و اصطلاحی اباحه

در تاج العروس، مجاز کردن چیزی برای دیگری به عنوان معنای اباحه بیان شده است (حسینی زبیدی، ۱۴۰۶: ۲/۱۳۶). «چیزی را رها و آزاد گذاشتن»، معنای ذکرشده در معجم محیط المحيط (بستانی، ۱۹۹۳: ۶۰) است. در معجم مقاییس اللغة بیان شده که اباحه شیء به این معناست که آن چیز برای فرد ممنوع نیست و در آن برای او وسعت

قرار داده شده است (ابن فارس، ۱۳۹۹: ۳۱۵/۱).

از این رو می‌توان این گونه نتیجه گرفت که بازگشت معنای اباحه به برداشتن هرگونه قیدی در انتخاب، انجام و یا عدم انجام چیزی است (گروه نویسندگان، ۱۳۸۴ الف: ۲۱۷). معنای اصطلاحی اباحه، تقریباً مطابق با معنای لغوی آن بوده و زمانی که چیزی برای شخص از جانب شارع و یا مالک مباح می‌شود، بدان معناست که صرفاً امکان تصرف در آن شیء برای فرد به وجود می‌آید؛ بی‌آنکه حق و یا اختیار دیگری برای وی حاصل شود (گروه نویسندگان، ۱۳۸۴ ب: ۱۴۵).

با توجه به آنچه در خصوص معنای حق و اباحه گفته شد، اجمالاً تمایز میان دو مفهوم ذکرشده مشخص گردید. از این رو در جایی که برای فرد حقی حاصل می‌شود که قانون آن را معتبر شناخته و از آن حمایت می‌کند، امتیازی برای فرد در برابر دیگران ایجاد می‌شود که اصولاً زوال‌ناپذیر است. در مقابل، اگر برای شخص در چیزی اباحه حاصل شود، اصولاً تنها اختیار استفاده و تصرف در آن شیء به فرد داده می‌شود، بی‌آنکه چنین تصرفی واجد وصف ثبات و دوام باشد. به تعبیر دیگر، وقتی چیزی برای شخصی مباح می‌شود، حقی نسبت به آن چیز برای او به وجود نمی‌آید و تنها مالک و یا شارع، امکان تصرف در آن را به او می‌دهد تا چنین تصرفی مشمول حکم حرمت و تعدی به مال غیر نشود.

با وجود این، تمایز میان دو مفهوم فوق‌الذکر، موقوف به بررسی آثار حقوقی مختلفی (از جمله رجوع مالک، اسقاط انتقال ارادی و قهری حق و اباحه و...) است که از هر کدام نشئت گرفته است.

در این نوشتار به برخی از این آثار در خلال مباحث مختلف اشاره شده است.

### ۳. معنای اذن

پس از تبیین معنای حق و اباحه، گام دیگر، تحقیق در خصوص معنای لغوی و اصطلاحی اذن است تا مشخص شود که آیا اذن، تنها بر ایجاد اباحه دلالت دارد یا معنای دیگری نیز از آن مستفاد می‌شود؟

### ۱-۳. معنای لغوی

در بررسی لغوی باید مشخص شود که آیا لغت اذن برای ایجاد اباحه و رخصت وضع شده و یا اینکه معانی حقیقی دیگری نیز برای آن متصور است؟ در صورت اول، به کارگیری اذن در موارد ایجاد حق، از باب مجاز خواهد بود؛ در غیر این صورت می‌توان مدلول مدّ نظر را حقیقتاً از لفظ اذن برداشت کرد. در صحاح آمده که اذن در دو معنا به کار گرفته شده است؛ یکی به معنای اباحه و رخصت و دیگری به معنای اعلام (جوهری، ۱۴۰۴: ۲۰۶۸/۵). فرمان و امر نیز از معانی قابل برداشت از لفظ اذن است.<sup>۱</sup> مطابق با واژگان قرآنی، معانی اجازه، اراده، اطاعت و علم نیز برای اذن مصطلح است (قریشی، ۱۳۶۱: ۵۶/۱). از تعاریف برخی از اهل لغت همچون راغب برداشت می‌شود که معنای اذن، اطلاع دادن و اعلام آذن از اجازه و مجوزش است که در اثر کثرت استعمال، اعلام رضایت - به عنوان متعلق اعلام - مرادف رخصت به کار رفته است (راغب اصفهانی، ۱۴۰۴: ۱۴). از این رو به نظر می‌رسد که اذن معنایی به جز اعلام نداشته باشد (فیروزآبادی، بی‌تا: ۱۹۵/۴) و مطلق اذن به معنای مطلع ساختن و اعلام کردن فرض می‌شود، مگر آنکه به سبب خاص، در معنایی دیگر به کار گرفته شود؛ مانند استعمال اذن به جای جواز و رخصت (احمد نوری، ۱۳۹۵: ۸/۱).

### ۲-۳. معنای اصطلاحی

جعفری لنگرودی بیان می‌کند که تعریف اصطلاحی منحصر به فردی برای اذن در فقه و حقوق خارجی وجود ندارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸: ۲۸۷). با این حال مشاهده می‌شود که فقها تعاریف مختلفی از اذن ارائه کرده‌اند. در کلام فقها، اجازه و رخصت مالک برای تصرف در مال (حسینی مراغی، ۱۴۱۸: ۵۰۶-۵۰۷)، برطرف کردن مانعی که قانون‌گذار اثری بر آن مترتب می‌کند (عبدالناصر، ۱۴۱۰: ۲۲۲/۴) و یا هر دو معنای اخیرالذکر (غروی اصفهانی، ۱۴۰۸: ۱۳۱/۱) از جمله معانی اصطلاحی بیان‌شده برای اذن است. برخی نیز اذن را رافع منع و حجر معلول رقیّت یا صغر که تنها برخی از مصادیق

۱. مانند آنچه در این آیه شریفه آمده است: ﴿فَإِنَّهُ نَزَّلَهُ عَلَى قَلْبِكَ بِإِذْنِ اللَّهِ﴾ (بقره / ۹۷): او [جبرئیل] قرآن را به فرمان الهی بر قلب تو نازل کرده است.

اذن را در بر می گیرند، می دانند (عبدالناصر، ۱۴۱۰: ۲۲۲/۴). به مسقط حق بودن اذن به عنوان یکی از معانی اصطلاحی اذن نیز اشاراتی شده است که بیشتر منطبق با نظر فقهای عامه است (زیلعلی حنفی، بی تا: ۲۰۳/۵). حقوق دانان نیز تعاریفی مشابه بیان فقها از اذن ذکر کرده اند. اعلام رضایت مالک یا نماینده قانونی برای انجام عمل حقوقی... (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۷: ۲۳)، از جمله این تعاریف است. در آثار برخی حقوق دانان به جای اعلام رضایت، انشای رضایت نیز به چشم می خورد (محقق داماد و دیگران، ۱۳۸۹: ۲۰۴/۲). در حقوق خارجی، اگر دو لفظ "permission" و "authorization" را معادل اذن بدانیم، در دیکشنری *Black*، واژه "permission" به عنوان مجوز و یا اختیار برای انجام کار تعریف شده است<sup>۱</sup> (Black, 1971: 1298). در برخی از فرهنگ های لغت در معنای "authorization" اشاراتی از اعطای حق و اختیار به مأذون به چشم می خورد؛ برای مثال در فرهنگ کالین در معنای این لغت به این نکته اشاره شده است که از طریق اذن می توان حق یا اختیار انجام کاری را به دیگری اعطا کرد (Collin, 1992: 20-21)<sup>۲</sup>. از این رو ملاحظه می شود که در فرهنگ های حقوقی خارجی نیز به اثر اذن در ایجاد حق برای مأذون و یا اعطای مجوز به وی اشاره شده است که مورد اخیر شبیه به اباحه در حقوق داخلی است.

نتیجه آنکه با توجه به معنای ذکر شده می توان اذن را اعلام کننده اراده درون دانست. اگرچه در بیشتر مواقع، این اعلام بیانگر رضایت به انجام تصرفی نسبت به مال خود است، اما با این امر منافات ندارد که حاکی از ایجاد حق برای دیگری باشد. به تعبیری، اذن می تواند اعلام کننده اراده ای باشد که می خواهد برای دیگری ایجاد اباحه یا حق نماید. اینکه چنین اراده ای می تواند چنین حقی را ایجاد کند یا خیر، بحثی است که در ادامه مورد بررسی واقع خواهد شد. اما همین قدر می توان بیان داشت که اذن از لحاظ لغوی و اصطلاحی، حداقل این قابلیت را دارد که با متعلق صریح یا ضمنی، بر مصادیق

- 
1. A license to do a thing, an authority to do an act which, without such authority, would have been unlawful.
  2. Authorize to empower to give a right or authority to act to permit a thing to be done in the future.

ایجاد حق نیز دلالت کند و همچنان به عنوان اذن شناخته شود. این نکته در تعاریف اهل لغت از اذن به نسبت تعاریف اصطلاحی بیشتر به چشم می‌خورد و ایشان مطلق اذن را اعلام دانسته‌اند، نه اعلام اباحه و تجویز و یا خود تجویز. در برخی از فرهنگ‌های لغت نیز مستقیماً به اعطای حق به وسیله اذن اشاره شده که بیشتر بیان گردید.

#### ۴. ماهیت حقوقی اذن

پرداختن به قابلیت اذن در ایجاد حق برای دیگری، موکول بر آن است که مقدمتاً ماهیت حقوقی اذن بررسی شود که اذن عمل حقوقی است و یا واقعه حقوقی، و اگر عمل حقوقی است، اراده دیگری (مأذون) در ایجاد یا بقای آن مؤثر است یا خیر. پس از احراز این ماهیت باید دید که آیا چنین ماهیتی توان ایجاد حق را دارد یا خیر؟

تعریف واقعه حقوقی به رویدادی که اثر آن به حکم قانون معین می‌شود و انشاء مرتکب سبب اصلی آن آثار نیست، شهرت یافته است و در مقابل آن، اعمال حقوقی به زاده اراده و تراضی بودن تعریف شده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۹). وقایع حقوقی ممکن است به اراده انسان باشند (غصب) و یا غیر ارادی محقق شوند (مانند فوت) (شهیدی، ۱۳۹۲: ۳۳/۱).

آنچه ملاک تمایز واقعه حقوقی ارادی با عمل حقوقی است، وضعیت ترتب اثر بر آن‌هاست؛ بدین صورت که در واقعه حقوقی، عمل ارادی است، اما اثر توسط قانون‌گذار تحمیل می‌شود و اراده فرد در آن نقشی ندارد (ملیحی، ۱۳۹۶: ۵۶). در موضوع مورد بحث، در خصوص اینکه اذن عمل حقوقی است و یا واقعه حقوقی، سه نظر وجود دارد.

#### ۱-۴. اذن به مثابه عمل حقوقی

بسیاری از فقها و حقوق‌دانان، عمل حقوقی بودن اذن و لزوم وجود انشاء در آن را مورد تأیید قرار داده‌اند (ر.ک: مغنیه، ۱۹۸۲: ۲۱۲/۴؛ فیض، ۱۳۶۹: ۲۶۱؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۸: ۱۸۴؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۴۷۶/۳؛ قدیری، ۱۴۰۷: ۲۳۹؛ کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۶۵؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۵۷: ۳۸۹/۱).<sup>۱</sup> در واقع نیاز به انشاء از این جهت است که آذن به وسیله اذن، اباحه مورد نظر

۱. همچنین در تألیفات فقهایی چون: میرزای قمی، سیدکاظم یزدی، صاحب جواهر و مؤلف مستمسک عروة الوثقی به این مطلب اشاره شده است (به نقل از: فصیحی‌زاده، ۱۳۷۷: ۳۰).

را انشاء می‌کند؛ چرا که پیش از اذن، تصرف مأذون در مورد اذن ممنوع بوده و این انشای آذن است که وضعیت ممنوعیت را به اباحه تغییر می‌دهد (صیادی کوشک‌قاضی و دیگران، ۱۳۹۷: ۱۳۱). در عمل حقوقی بودن اذن، روایاتی نیز به عنوان مستند نظر مذکور بیان شده است؛ از جمله حدیثی از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله که می‌فرماید:

«لا یحل مال امرئ (مسلم) إلا عن طیب نفسه» (کلینی، ۱۴۲۹: ۲۴/۱۰)؛ حلال نیست مال انسان مسلمان مگر از روی رضایت خاطر وی.

در این روایت، از تبعیت اذن از آذن نتیجه گرفته‌اند که اذن از اعمال حقوقی است؛ چرا که در تعریف اعمال حقوقی، تبعیت اثر از اراده، عامل فصل آن از وقایع حقوقی است (ملیحی، ۱۳۹۶: ۵۶). دلیل دیگر را وحدت ملاکی دانسته‌اند که بین اذن و عقود اذنی وجود دارد؛ با این بیان که در عقود اذنی - که در عمل حقوقی بودن آن هیچ شکی نیست - جوهره عقد همان اذن است که از جانب آذن صادر شده است. بنابراین از مخلوق اراده بودن اذن می‌توان به عمل حقوقی بودن آن پی برد (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ج ۶/۲ و ۸). با این تفاسیر، اذن یک عمل حقوقی فرض شده است و به سبب آنکه اراده مأذون در تشکیل آن نقشی ندارد، در زمره ایقاعات قرار گرفته است (همو، ۱۳۸۴: ۲۷-۲۵).

این مفهوم در کلام اکثر فقها نیز با تعبیر گوناگون یافت می‌شود، که اذن را ایقاع دانسته‌اند و در نتیجه واقعه حقوقی بودن آن مردود شده است. مانند کلام محقق خوانساری که می‌فرماید: اذن از ایقاعات است و نیازمند قبول نیست (خوانساری، ۱۴۰۵: ۴۷۶/۳). همچنین در کلام امام خمینی آمده است:

«همانا اذن یک چیز و مثلاً عاریه و ودیعه چیز دیگری است که اولی [اذن] ایقاع و دیگری [عاریه و ودیعه] عقد است» (قدیری، ۱۴۰۷: ۲۳۹).

#### ۲-۴. واقعه حقوقی‌انگاری اذن

به نظر برخی دیگر، اذن همان اعلام است (امامی، ۱۳۹۲: ۱۲۵/۱)؛ اعلام رضا و میل از جانب آذن به مأذون و از این رو جزء اخباریات است، نه انشائیات (شهیدی، ۱۳۹۱: ۴۰/۲). اینکه اذن منشأ برخی آثار حقوقی مانند اباحه است، دلیل بر انشاء تلقی کردن آن نیست؛ بلکه اذن تنها خبر از آن انشاء و ایجاد می‌دهد (شیبانی، ۱۳۹۱: ۱۵). فقهای که

به واقعه بودن اذن معترف بوده‌اند، عمل حقوقی نبودن آن را این گونه ابراز داشته‌اند:  
 «و اما در غیر عقود و ایقاعات مانند اذن در تصرف و...» (غروری اصفهانی، ۱۴۰۹: ۱۷۷/۱).

بر طبق این مبنا، جواز و اباحه، منشأ اذن تلقی نمی‌شود و اباحه حکمی است که از سوی قانون‌گذار جعل می‌شود و اذن تنها اعلام‌کننده آن است. به علاوه، اعلام رضا که اخبار از تحقق رضاست، امری درونی تلقی شده که نمی‌تواند انشایی باشد. بنابراین اذن، مبرز حالت درونی فرد است و توانایی ایجاد مستقیم حق و تعهد را ندارد؛ اگرچه می‌تواند زمینه‌ساز آن باشد (شهیدی، ۱۳۹۱: ۴۰/۲).

در اینجا لازم است ارتباط بحث فوق با اباحه شرعی و مالکیت بیان شود. اباحه به‌عنوان اثر مطلق اذن، دارای تقسیم‌بندی‌های متعدد و متنوعی<sup>۱</sup> است که یکی از آن‌ها، تقسیم آن به اباحه شرعی و مالکیت است؛ به حسب آنکه به ترتیب، مبیح (اباحه‌کننده)، شارع و یا مالک باشد (هیئة‌التحریر، ۱۴۲۴: ۲۵۹). در اباحه شرعی، به حکم شارع، تصرف در مال دیگری مباح می‌شود (همانند جواز خوردن از میوه درختان محل عبور به مقدار محدود که به حق المازّه معروف است و یا مانند جوازی که در خصوص استفاده از مال گمشده (لقطه) وجود دارد) (گروه نویسندگان، ۱۳۸۴: ۱۴۵-۱۴۶)؛ در حالی که در اباحه مالکیت، مخصوصاً در جایی که همراه با اذن صریح باشد - که به اباحه انشایی معروف است -، مالک عنوان اباحه را انشاء می‌کند و بدین ترتیب تصرف در مال وی برای مأذون فراهم می‌شود (گروه نویسندگان، ۱۳۸۴: الف: ۲۳۳).

همان‌طور که از تعاریف فوق برمی‌آید، واقعه حقوقی بودن اذن با اباحه شرعی که جعل حکم اباحه از سوی شارع است، انطباق بیشتری دارد. از طرفی دیگر، اباحه مالکیت منطبق با نظریه عمل حقوقی دانستن آن است. از این رو می‌توان ابراز داشت که نگاه هر کدام از قائلان به واقعه و یا عمل حقوقی بودن اذن، به مصادیق خاصی از آن بوده و این امر سبب شده که مبنای متفاوتی نسبت به یک نهاد حقوقی واحد اتخاذ کنند. با این تقدیر شاید مبنای تفصیل متناسب با مصادیق اذن که بعداً به آن پرداخته

۱. از جمله این تقسیمات می‌توان به تقسیم اباحه به: خاصه و عامه، مطلقه و مشروطه، تکلیفی و وضعی، معوضه و مجانیه و... اشاره کرد (برای آگاهی بیشتر ر.ک: هیئة‌التحریر، ۱۴۲۴: ۲۵۸-۲۶۱).



خواهد شد، نگاه واقع‌بینانه‌تری نسبت به این نهاد حقوقی داشته و بهتر بتواند مصادیق متعدد و متفاوت اذن را ذیل یک مبنا جای دهد.

فرای از توجه به برخی از مصادیق اذن و اتخاذ مبانی متفاوت، به نظر می‌رسد تفاوت در معنای لغوی و اصطلاحی اذن، در اختلاف نظر پیش‌آمده در خصوص ماهیت اذن بی‌تأثیر نبوده است. مشهور که اذن را ایقاع می‌دانند، اساساً به اثر اذن یعنی ایجاد اباحه، نظر داشته و اذن و متعلق آن را یکسان پنداشته‌اند و از این رو حکم کرده‌اند از آنجا که ایجاد اباحه برای دیگری نیازمند انشاست، مآلاً وجود اذن مستلزم انشاست؛ پس اذن عمل حقوقی است. از طرفی دیگر، قائلان به واقعه حقوقی بودن اذن، بر این نکته تأکید کرده‌اند که اذن، صرف اعلام و اخبار از متعلق آن است و چون فرضشان بر این بوده که اذن صرفاً اعلام رضایت است، پس اساساً وجود انشاء را ضروری ندانسته‌اند. این دو عقیده، با نظریات ایجاد و ابراز در خصوص عمل حقوقی نیز قابل تطبیق است؛ چرا که در نظریه ایجاد، خود لفظ به تنهایی به وجودآورنده منشأ است و «العقود تابعة للقصود» در حوزه الفاظ عقود متجلی گشته است (نجفی خوانساری، ۱۴۱۸: ۱/۱۷۶). همان‌طور که قائلان به ایقاع بودن اذن، خود آن را دلیل بر انشاء اباحه برای دیگری دانسته‌اند. در مقابل فرض بر مبرز بودن جملات انشایی از امور و اعتبارات نفسانی و نقش رکن اخیر در ایجاد ماهیت حقوقی با نظریه اعلامی بودن اذن قرابت بیشتری دارد؛ چرا که ایشان نیز اذن را اعلام امری درونی (رضایت) فرض کرده‌اند، اگرچه اساساً منکر وجود ماهیتی جدید در عالم حقوق شده و اباحه ایجادشده را منشأ حقوقی تلقی نکرده‌اند (شهیدی، ۱۳۹۱: ۲/۴۰). طبق این مبنا که توسط آیه‌الله خویی بیان شده است، لفظ تنها آشکارکننده آن چیزی است که در نفس فرد وجود دارد و نقش آن در انشاء نه تنها به عنوان علت ایجاد امر اعتباری نیست، بلکه در سلسله علل نیز قرار نمی‌گیرد؛ بدین ترتیب انشاء با اعتبار امر نفسانی محقق می‌شود؛ چه لفظی در کار باشد و چه نباشد (موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۱/۹۹). از این رو، تمسک به این نظریه، با واقعه فرض کردن اذن سازگاری بیشتری دارد و «اعلام رضایت» تلقی کردن اذن (که مطابق با تعریف قائلان به واقعه بودن اذن است)، بیشتر منطبق با نظریه اخیر است تا نظریه مشهور که لفظ را مؤثر در انشاء می‌داند و نقش اعلامی برای آن قائل نیست. در نهایت، مبنای

پذیرفته‌شده دو گروه فوق در خصوص ماهیت اذن در تعاریفی که از آن ارائه می‌دهند، به این صورت متجلی گشته است:

– «اذن عبارت است از انشای رضایت...» (محقق داماد و دیگران، ۱۳۸۹: ۲۰۴/۲)

(به‌عنوان تعریف منطبق بر اذن ایقاعی).

– «اذن عبارت است از اعلام رضایت...» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۷: ۲۳)، (به‌عنوان

تعریف اذنی که واقعه حقوقی است).

### ۴-۳. تفصیل متناسب با مصادیق اذن

در آثار جعفری لنگرودی در خصوص تعریف اذن، مبنای واحدی به چشم نمی‌خورد. در برخی از موارد، اذن را اعلام رضایت و واقعه حقوقی دانسته (همان) و در برخی دیگر، اذن را در شمار ایقاعات آورده است (همو، ۱۳۶۸: ۲۹۹؛ همو، ۱۳۵۷: ۳۸۹/۱). به نظر می‌رسد وی با نظر به مصادیق متفاوت اذن، قائل به چنین تفصیلی شده است؛ اینکه اذن موردش چه باشد، در ماهیتش نیز مؤثر است که ممکن است حسب مورد، اذن ایقاعی باشد و یا واقعه حقوقی. همان طور که در خصوص تهاتر، بسته به نحوه ایجاد آن، سه قسم تهاتر قهری (واقعه حقوقی)، تهاتر عقود و تهاتر ایقاعی فرض شده است (بیات، ۱۳۹۶: ۲۱۳).<sup>۱</sup>

در موضوع نوشتار حاضر، فرض ایجاد حق به وسیله اذن، قطعاً نیازمند انشای حقوقی است. حال اذن می‌تواند بر مبنای قول مشهور - به مانند انشای اباحه - خود ایجادکننده منشأ حق باشد و یا منطبق با مبنایی دیگر، اخبار از اراده درونی مبنی بر ایجاد حق باشد. با این حال به نظر می‌رسد قول به تفصیل نیز دور از ذهن نباشد و می‌توان در مصادیقی که اذن ایجاد اباحه می‌کند (با فرض اینکه در اباحه انشایی وجود ندارد)، چنین اذنی را واقعه حقوقی دانست و در مواردی که اذن ایجاد حق می‌نماید، آن را ایقاع و عمل حقوقی دانست.

۱. این نکته پوشیده نماند که طبق صریح ماده ۲۹۵ قانون مدنی، تهاتر قهری است و در اصل یک یا دو اراده در قالب ایقاع یا عقد می‌تواند مقدمات تهاتر را فراهم آورد (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۴۱۹-۴۲۰) و با بحثی که در خصوص اذن ایقاعی و واقعه‌ای وجود دارد، متفاوت است. هدف نشان دادن این نکته است که وجود ماهیت‌های گوناگون برای یک نهاد حقوقی، چندان امر غریب و ناشناخته‌ای نیست.

## ۵. اثر اذن در ایجاد اباحه و حق

اثر اذن، ایجاد اباحه در تصرف است (شهبازی، ۱۳۹۵: ۱۸۷-۱۸۹) و مأذون اصولاً نسبت به نقص یا تلف مورد اذن، ضامن نیست (اسماعیلی و دیگران، ۱۳۹۷: ۱۷-۱۹). با این حال به نظر می‌رسد در برخی از مصادیق می‌توان رد پای ایجاد حق به وسیله اذن را مشاهده نمود که در ادامه به برخی از این موارد اشاره می‌شود.

### ۱-۵. اذن در مواد ۱۲۰، ۱۰۸ و ۵۰۴ قانون مدنی

در ماده ۱۲۰ قانون مدنی بیان شده است:

«اگر صاحب دیوار به همسایه اذن دهد که بر روی دیوار او سر تیر بگذارد یا روی آن بنا کند، هر وقت بخواهد می‌تواند از اذن خود رجوع کند؛ مگر آنکه به وجه ملزومی این حق را از خود سلب کرده باشد».

طبق ماده مذکور، اذن صاحب دیوار علی‌الاصول موجب اباحه برای مأذون است و از این رو هر زمان که بخواهد می‌تواند از آن رجوع کند؛ اما از آنجا که هیچ شخص متعارفی بر مبنای یک اذن ساده، سر تیر خود را بنا نمی‌کند (بیات، ۱۳۹۶: ۷۳)، قانون‌گذار برای احتراز از این نتیجه نامعقول، در قسمت اخیر ماده با پیشنهاد سلب حق رجوع، تا حدی از تالی فاسد چنین اذنی کاسته است. غافل از آنکه هرچند حق رجوع اذن از وی سلب شود، فوت و حجر وی، زائل‌کننده اذن اعطایی خواهد بود. از این رو برخی حقوق‌دانان برای جلوگیری از چنین پیامدی، اگرچه جزء قائلان به موجب اباحه بودن اذن هستند (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۲۳۹)، بیان کرده‌اند که باید در این موارد، قائل به وجود حق ارتفاق شد و اسقاط حق رجوع در این موارد، دال بر ایجاد نوعی حق ارتفاق است (همان: ۲۴۰).<sup>۱</sup> برخی با صراحت بیشتری حق ارتفاق به وجود آمده را خارج از اذن دانسته و منکر اذن بودن مورد ماده ۱۲۰ در فرض سلب حق رجوع اذن شده‌اند (شهبازی،

۱. کاتوزیان در آثار دیگر خود اشاره کرده است که مورد ماده ۱۲۰ قانون مدنی نمی‌تواند یک اذن ساده باشد و از گفته مالک به خوبی می‌توان دریافت که گفته او اباحه و اذن نیست و او ملزم به نگهداری از پیمان خویش است (همو، ۱۳۹۱: ۸۸). به نظر می‌رسد طبق این گفته، وی اذن و اباحه را یکسان دانسته است؛ حال آنکه قبلاً گفته شد اباحه اثر اذن است و اثر غالب آن است، ولی اذن اثر دیگری نیز می‌تواند داشته باشد و اذن و اباحه ملازمه‌ای با یکدیگر ندارند.

۱۳۹۵: ۱۹۱). در مقابل، عده‌ای از حقوق‌دانان به طور کلی - که ماده ۱۲۰ نیز یکی از مصدقین این کلی است - فتوا داده‌اند که اثر اذن محض، ایجاد حق است (عدل، ۱۳۷۳: ۷۹) و در مواردی، اباحه را مرادف حق دانسته‌اند.<sup>۱</sup>

برای احتراز از چنین نظرات متعارضی می‌توان ابراز داشت که اذن، این قابلیت را داراست که هم ایجاد اباحه نماید و هم موجد حق باشد. اذن در ماده ۱۲۰ قانون مدنی، برای مأذون ایجاد اباحه می‌نماید؛ اما اگر با صراحت آذن و یا از طریق اوضاع و احوال (مانند سلب حق رجوع) مشخص شود که اراده‌ای در جهت ایجاد حق شکل گرفته است، در این حالت، اذن برای مأذون ایجاد حق می‌نماید و حق ایجادشده به واسطه فوت و یا حجر زائل نمی‌شود. همچنین باید افزود که اگر مورد ماده ۱۲۰ قانون مدنی در فرض سلب حق رجوع، دیگر اذن نیست و ایجاد حق ارتفاق است، پس اساساً سلب حق رجوع کار لغوی است؛ چه اینکه اگر حقی برای دیگری ایجاد شود، دیگر قابلیت رجوع مصداقی ندارد که سلب آن معنا داشته باشد؛ و یا حکم به اینکه اذن به علاوه سلب حق رجوع برابر است با ایجاد حق ارتفاقی که دیگر اذن نیست، دور از منطوق است. چرا که باید معترف باشیم سلب حق رجوع، ماهیت ویژه‌ای است که اذن را به چیز دیگری تبدیل کرده است<sup>۲</sup> و آن چیز همان ماهیتی است که حق ایجاد می‌کند، ولی نامش اذن نیست. همچنین است مورد ماده ۱۰۸ قانون مدنی که بیان می‌دارد:

«در تمام مواردی که انتفاع کسی از ملک دیگری به موجب اذن محض باشد، مالک می‌تواند هر وقت بخواهد، از اذن خود رجوع کند؛ مگر اینکه مانع قانونی موجود باشد».

۱. همان‌طور که پیشتر اشاره شد، جعفری لنگرودی در خصوص ماهیت اذن، مبنای واحدی ارائه نمی‌دهد. این امر می‌تواند ناشی از دقت نظر وی نسبت به متفاوت بودن اثر حاصل از اذن و یا به سبب تغییر نظر او در آثار متأخرش باشد. با این حال، وی اگرچه به ایجاد حق توسط اذن اشاره کرده، ولی به نظر می‌رسد که مرز میان اباحه و حق توسط او به خوبی ترسیم نشده و در جایی اباحه در انتفاع را مرادف با حق انتفاع بیان کرده است (به نقل از: شهبازی، ۱۳۹۵: ۱۸۸) که نظر دقیقی به نظر نمی‌رسد و تفصیل و تفاوت میان دو اثر حاصل از اذن، واضح و بدیهی به نظر می‌آید.

۲. نکته قابل تأمل آن است که اگر سلب حق رجوع، سبب تبدیل اذن به ماهیتی دیگر است که می‌تواند ایجاد حق نماید، پس در خصوص عقود اذنی نیز باید همین فرض مطرح شود؛ چرا که از این حیث تفاوتی میان عقد اذنی و ایقاع اذنی نیست (همان: ۱۹۰)؛ حال آنکه در عقود اذنی، غیر قابل فسخ شدن آن به وجه ملزومی، تنها قابلیت رجوع را از میان می‌برد (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۴۰/۱).

جالب آنکه به مانند مورد ماده ۱۲۰ قانون مدنی، قانون‌گذار متوجه این امر بوده که رجوع از اذن در مصادیقی اشکال ایجاد می‌کند. از این رو در ماده ۱۲۰، از «سلب این حق به وجه ملزم» و در ماده ۱۰۸ از «امکان وجود منع قانونی» سخن به میان آمده است. معمولاً حقوق‌دانان یکی از مصادیق مورد اخیر را اذن به دفن میت ذکر کرده‌اند و چون طبق مبانی ایشان، اذن تنها ایجاد اباحه می‌کند و مآلاً جائز است و امکان رجوع اذن وجود دارد، از این رو از طریق خلافِ نظم عمومی دانستن نبش قبر، مشکل پیش‌آمده را فیصله داده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ب: ۲۴۰). یکی از آثار اتکا به چنین نظری آن است که اگر میت به سببی (مانند زلزله) نبش قبر شود، بستگان برای دفن دوباره، ملزم به اخذ اذن مجدد خواهند بود (ملاک ماده ۱۲۱ ق.م.). معلوم نیست که چرا کاتوزیان در اینجا حکم نکرده است که اذن به دفن میت، همراه با یک شرط ضمنی سلب حق رجوع است و مانند آنچه در خصوص ماده ۱۲۰ ق.م. بیان کرده، در اینجا نیز از شکل‌گیری حق برای مأذون سخنی به میان نیاورده است؟ در حالی که کاملاً واضح است که در چنین موردی به قرینهٔ اوضاع و احوال، اذن نه موجب اباحه، بلکه یکی از موارد ایجاد حق به وسیلهٔ آن است.

چنین قرینه‌ای از ماده ۵۰۴ قانون مدنی نیز قابل برداشت است. فرض در جایی است که عقد اجاره، همراه با اذن به بنا یا غرس باشد و پس از پایان اجاره، موجر از خراب یا قلع کردن بنا یا غرس، طبق ماده مذکور ممنوع شده باشد. کاتوزیان در جمع تعارض ظاهری این ماده با ماده ۵۴۰ قانون مذکور که در آن اجازهٔ قلع داده شده است، بیان کرده است که در ماده ۵۰۴، تأسیسی بعد از پایان عقد وجود دارد که با انقضای اجاره پایان نمی‌یابد و آن اذنی است که ایجاد اباحه نمی‌کند و اذنی است که ملازمه با بقا و دوام دارد و برای مستأجر ایجاد حق می‌نماید؛ بر خلاف ماده ۵۴۰ قانون مدنی که پس از انقضای عقد، حقی برای انتفاع از زمین ندارد (همو، ۱۳۹۴: ۱/۴۴۳-۴۴۴). به تعبیر دیگر، مورد ماده ۵۰۴ قانون مدنی، اذنی است که اثر آن اباحه در تصرف نیست؛ بلکه اذنی است که حقی را برای مستأجر - به عنوان حق ریشه - ایجاد می‌کند و آن، نوعی از حق انتفاع است (بیات، ۱۳۹۶: ۳۴۲)؛ بر خلاف اذن موجود در ماده ۵۴۰ که اذن در اباحه است (همان: ۳۵۲). کاتوزیان پیشنهاد می‌کند که بهتر است در مزارعه نیز اگر اذن به

زراعتی داده شود که به طور معمول تا پایان مزارعه، آماده کردن می‌شود، چنانچه پس از پایان عقد اتفاقاً نرسیده باشد، مزارع باید به حقی که برای عامل ایجاد شده، احترام بگذارد و امکان ازاله زرع را نداشته باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۱/۴۴۴). به نظر می‌رسد تأسیسی که کاتوزیان از آن یاد می‌کند و از ویژگی‌های آن دوام بعد از انقضای عقد است، همان اذن موجد حق باشد که آثاری متفاوت با اباحه دارد و انتظارات متعارف نسبت به مواد مذکور را پاسخ گوید.

## ۲-۵. عقود اذنی موجد حق

از آنجا که عنصر اساسی سازنده عقود اذنی، چیزی جز اذن نیست<sup>۱</sup> (همو، ۱۳۹۱ج: ۶/۲ و ۸)، قابلیت ایجاد حق به وسیله این عقود و تسری حکم آن به مورد اذن، دور از ذهن نخواهد بود.

اثر عقود اذنی، بر مبنای نظر مشهور و حکم مندرج در ماده ۹۵۴ قانون مدنی، چیزی جز اباحه در تصرف نیست. با این حال، برخی فقها و حقوق دانان در عقد وکالت به مواردی برخورد کرده‌اند که در آنها فرض اباحه در تصرف بودن عقد، باعث تضییع وکیل می‌شود؛ چرا که در موارد معدودی از عقد وکالت، برای وکیل حقی ایجاد می‌شود<sup>۲</sup> و رجوع موکل و یا فوت و حجر احد طرفین می‌تواند این حق را ضایع نماید. سلب حق

۱. البته باید افزود که در عقود اذنی، تنها اذن مالک سازنده نیست و اراده قبول‌کننده نیز دخالت دارد، وگرنه چیزی جز ایقاع اذنی حاصل نمی‌شد (همو، ۱۳۹۱ج: ۶/۲ و ۸). اما به هر حال، عقود اذنی بر پایه اذن مالک بنا شده‌اند و نقش اساسی این اذن در عقد قابل انکار نیست.

۲. برای مثال می‌توان مواردی را ذکر کرد که در آنها به سبب عدم دسترسی به بدهکار در پرداخت اقساطی چند فقره چک ناقص به طلبکار داده شود تا وی به عنوان وکیل، در موعد مقرر آن‌ها را تکمیل و وصول نماید. واضح است که در این عقد وکالت، رجوع وکیل به ضرر موکل به عنوان طلبکار خواهد بود. همچنین امروزه خرید و فروش املاک، به سبب در رهن بودن سند ملک، به وسیله اعطای وکالت به مشتری صورت می‌پذیرد تا بعد فک رهن یا هر زمان دیگر، سند را به نام خود یا دیگری درآورد. سلب حق رجوع بایع نسبت به وکالت اعطایی، تنها راهکار مقابله با اثر سوء اباحی بودن عقد وکالت است؛ حال آنکه در مثال مذکور، فوت بایع و به تبع، انفساخ وکالت اعطایی، مشتری را در وضعیت نامطلوب قرار داده و ملزم می‌دارد تا برای اثبات حق خویش در برابر وراثت اقامه دعوی نماید. در حالی که در فرض ایجاد حق در این موارد - همان طور که برخی فقها و حقوق دانان اشاره کرده‌اند، مانع از حصول چنین آثار سوئی خواهد شد.

عزل مندرج در ماده ۶۷۹ قانون مدنی، تنها فسخ ارادی مالک را منتفی می‌سازد و حال آنکه انفساخ ذیل ماده ۹۵۴ قانون مدنی همچنان تهدیدکننده حق ایجادشده خواهد بود. از این رو برخی حقوق‌دانان بیان کرده‌اند که اطلاق وکالت منصرف به موردی است که قصد مشترک طرفین، اعطای نیابت و اذن ساده باشد؛ اما در مواردی که حقی از طرف موکل به وکیل داده می‌شود، سبب آن است که عقد وکالت در این موارد به سود وکیل محسوب شود و نه موکل؛ و در نتیجه از سوی موکل غیر قابل فسخ و غیر قابل انفساخ به سبب فوت و حجر طرفین باشد (بیات، ۱۳۹۶: ۴۰۳). برخی فقها همچون سیدمحمدکاظم یزدی نیز چنین وکالتی را معطی حق دانسته‌اند که با فوت از بین نمی‌رود و اگرچه در مرحله ایجاد، وابسته به اراده موکل است، اما بقای آن وابسته به اراده او نیست و سقوط حق ایجادشده، نیازمند سبب و دلیل است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۰: ۶۵/۲).

کاتوزیان نیز در خصوص بقای وکالت در استیفای طلب از مال مرهونه بعد از فوت مرتهن، در فرض ماده ۷۷۷ قانون مدنی ابراز داشته است که چنین وکالتی را نباید نیابت ساده دانست - که با فوت مرتهن منفسخ شود-، بلکه اعطای حقی از جانب راهن به مرتهن است که با فوت و حجر زایل نمی‌شود و قابل انتقال قهری به ورثه است (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۵۰/۱).

آنچه این نوشتار درصدد بیان آن است، چیزی جز این نیست که اطلاق اذن نیز منصرف به اعطای اباحه به مأذون است؛ ولی این مانع از آن نیست که اذن بتواند به دیگری اعطای حق نماید و در فرض چنین اعطایی، حق ایجادشده وجود مستقلی پیدا می‌کند که زوال آن از طریق منبع ایجاد آن ممکن نخواهد بود. در غیر این صورت، به مانند آنچه در خصوص وکالت بیان شد، مأذون متضرر از احکام مرتبط با اباحه در تصرف خواهد شد و به نظر می‌رسد حکمی که در خصوص عقد وکالت بیان شده است، خصوصیتی نداشته باشد که قابل تسری به مورد اذن نباشد. افزون بر آنکه برخی فقها همچون کاشف‌الغطاء ابراز داشته‌اند که اذن و وکالت اگرچه از لحاظ مفهوم با هم متفاوت‌اند، ولی از جهت اثر و حکم یکی هستند و هر وکالتی اذن محسوب می‌شود، اما نه برعکس (به نقل از: انتظاری، ۱۳۸۱: ۱۹۸). از این رو به نظر می‌رسد امکان ایجاد حق به وسیله اذن، به مانند مورد عقد وکالت، چندان دور از ذهن نباشد.

## ۶. اشکالات<sup>۱</sup> وارد بر نظریه ایجاد حق به وسیله اذن

یکی از اشکالات وارد بر این نظر آن است که چنانچه به وسیله اذن، امکان ایجاد حق وجود داشته باشد، دیگر چه نیازی به عقد خواهد بود و چنین ایقاع اذنی می‌تواند جانشین عقد شود و حیثیت عقد به نحوی خدشه‌دار گردد (کاتوزیان، ۱۳۹۱ الف: ۲۱). از این رو به طور مثال برای ایجاد حق انتفاع، دیگر وجود عقدِ موجدِ حق انتفاع بیهوده خواهد بود و اذن به تنهایی می‌تواند چنین حقی را ایجاد کند. علاوه بر پاسخ نقضی که عبارت است از اینکه این پرسش مختص اذن موجد حق نبوده و در خصوص اذن موجد اباحه در انتفاع و عقد عاریه - که ایجاد اباحه انتفاع می‌کند (همو، ۱۳۹۱ ج: ۳۹/۲-۴۰) - نیز مطرح است، می‌توان به این نکته اشاره نمود که آثار حقوقی برآمده از عقد در برابر ایقاع - ولو آنکه در یکی از آثار مشابه یکدیگر باشند - متفاوت هستند و اشخاص با توجه به نیازشان از این دو نهاد حقوقی بهره می‌برند؛ برای مثال، اگرچه عقد ودیعه چیزی جز اذن نیست، با این حال دخالت اراده‌ای دیگر برای تشکیل عقد، بدون ثمر نبوده و از آن جهت است که در عقد ودیعه، امین به عنوان قابل، ملزم به پذیرش آثار حقوقی عقد می‌شود (همان: ۶/۲) و تعهداتی بر او بار می‌شود (امامی، ۱۳۹۴: ۲۶۹-۲۷۰) که در فرض ایقاعی آن بر وی بار نمی‌شود (باقری و حجتی، ۱۳۹۳: ۶۶۰)؛ در غیر این صورت، تحمیل چنین تعهداتی بر امین بدون وجود اراده وی، خلاف قواعد حقوقی بود.

از آنجا که ایجاد حق برای دیگری، مستلزم تصرف در دارایی اوست و اصولاً چنین تصرفی بدون دخالت طرف مقابل ممکن نیست، اشکال مفروض دیگر آن است که اگر اذن بتواند به وسیله اذن، حقی برای دیگری بدون دخالت وی ایجاد نماید، تصرف در دارایی او چگونه خواهد بود؟ در توجیه این مبنا نمی‌توان ابراز داشت که چون ایجاد حق

۱. این اشکال که آیا اساساً ایقاع توانایی و قابلیت ایجاد حق را دارد که اذن به عنوان مصداقی از آن مورد بررسی قرار گیرد یا خیر؟ به سبب بدیهی بودن آن، مورد اشاره در متن قرار نگرفت. همان طور که کاتوزیان بیان کرده است، ایقاع قطعاً به عنوان یکی از منابع ایجاد حق (مانند اخذ به شفعه و حیازت مباحات و...) و اسقاط آن است (همو، ۱۳۸۴: ۱۴۱). پس آنچه در نوشتار حاضر نیاز به بررسی دارد، قابلیت اذن در ایجاد حق است و از طرح قابلیت ایجاد حق به وسیله ایقاع صرف نظر شده است.



کاملاً به سود طرف است، پس تصرف در دارایی او بدون ایراد است و یا نیازی به اراده او نیست (شهبازی، ۱۳۹۵: ۱۸۸). از این رو قانون‌گذار به چنین تصرفی تنها به نفع ثالث در ماده ۱۹۶ قانون مدنی اکتفا کرده است. با این حال در این مصداق نیز حقوق دانان حق رد یا قبول حق ایجاد شده را برای ثالث محفوظ دانسته‌اند (صالحی مازندرانی و محمدی میرعزیزی، ۱۳۹۶: ۱۲۲). لذا از این سازوکار می‌توان برای مورد اذن موجد حق نیز بهره برد و حق رد و قبول برای مأذون را ملحوظ داشت تا از این طریق به اصول حقوقی خدشه وارد نشود و اراده دیگری در ورود حقی به دارایی اش مؤثر واقع شود. البته لازم به ذکر است که اراده مأذون در ایجاد حق نقشی نداشته و تنها رد یا قبول وی، در استقرار حق ایجاد شده مؤثر است (کاتوزیان، ۱۳۹۱ الف: ۱۸۲). اگرچه شاید بتوان در این زمینه انعطاف به خرج داد و بر خلاف نظر مشهور، در مواردی، ایجاد یک طرفه چنین حقی را بدون دخالت اراده مأذون در رد یا قبول آن پذیرفت (یزدانیان و دیگران، ۱۳۹۱: ۲۴۸)؛ هرچند با وجود صراحت قانونی و نظر مشهور، قبول چنین مبنایی ساده به نظر نمی‌رسد (همان: ۲۴۹).

در صورت پذیرش قابلیت اذن در ایجاد اباحه و حق، این ابهام همچنان باقی خواهد ماند که در کدام یک از مصدق، اثر اذن اعطایی، حصول اباحه در تصرف برای مأذون است و در چه مواردی، اذن برای او ایجاد حق می‌کند؟ به نظر می‌رسد از آنجا که در ایجاد حق به نسبت اباحه، تکالیف بیشتری بر آذن بار می‌شود، از این رو به مقتضای اصل عدم، اباحه به عنوان اثر مطلق اذن ملاک قرار خواهد گرفت؛ اما وجود صراحت اذن در ایجاد حق و یا قرائنی که بر طبق آن‌ها، عرف حکم می‌کند که اذن ساده‌ای از اذن صادر نشده است (کاتوزیان، ۱۳۹۱ د: ۸۸)، می‌تواند در شناسایی مصدق حقی اذن راهگشا باشد. همچنین مصدق مصرحه قانون مدنی از جمله: «اذن به قرار دادن سر تیر»، «اذن به دفن میت» و «اذن به ساخت بنا و غرس درخت»، مواردی هستند که لزوم موجد حق بودن اذن در آن‌ها به اعتراف عقل و عرف مشهود است. افزون بر اینکه فقها نیز در کلام خود اشاره کرده‌اند که در مصدقی همچون اذن به دفن میت و اذن در تصرف مال مرهونه، آذن امکان رجوع از اذن خود را ندارد و چنین اذنی ملازمه با ثبات و دوام دارد (موسوی بجنوردی، بی‌تا: ۲۱/۶ و ۲۳: نجفی، ۱۹۱۸: ۲۹۸/۸).

بدین تقدیر می‌توان ابراز داشت که با فرض عدم وجود خصوصیت در مصدق

مطروحه و امکان سرایت حکم به موارد دیگر، معیار بازشناسی دو نوع اذنی که ذکر اوصاف آن رفت، قضاوت عرف و عقل است که حکم نمایند آیا اذن ملازمه با ثبات و دوام دارد یا خیر؟ از این رو اگر اذن ملازمه با ثبات و دوام داشته باشد، اثر آن ایجاد حق برای مأذون است و در غیر این صورت تنها برای وی ایجاد اباحه می‌نماید. در موارد مشکوک که امکان تشخیص اثر اذن میسر نیست، می‌توان بنا بر اصل عدم، جانب اباحه را تقویت کرد.

### نتیجه‌گیری

بر خلاف نظر برخی، اذن و اباحه نه مرادف یکدیگر هستند و نه ملازمه وجودی با یکدیگر دارند؛ بلکه اباحه، یکی از آثار اذن است. از این رو بنا بر قرائنی که ذکر شد، این نتیجه برمی‌آید که اذن به عنوان یک نهاد حقوقی، این قابلیت را دارد که بسته به شرایط، اثر دیگری به غیر از اباحه برای مأذون داشته باشد که همان ایجاد حق برای اوست. اما مشکلات فرض ایجاد حق برای دیگری و تعهد برای خود به صورت یک‌جانبه از یک سو و استفاده غالب از نهاد اذن برای ایجاد اباحه از سوی دیگر، تدریجاً این اندیشه را به وجود آورده که اذن اثری جز اباحه برای متصرف ندارد. حال آنکه در شرایطی خاص، ایجاد حق به وسیله این نهاد حقوقی ضروری به نظر می‌رسد که فقدان آن مشکلات عدیده‌ای به بار می‌آورد؛ برای مثال چگونه می‌توان پذیرفت که اذن به دیگری اذن به گذاشتن سر تیر بدهد ولی هیچ گونه حقی برای مأذون برای حفظ وضع موجود حاصل نشده باشد؟ نگرانی مأذون از تضییع حقش را نمی‌توان با پیشنهاد سلب حق رجوع اذن‌دهنده - که راه حلی متزلزل است - پایان داد، مگر آنکه حقی که برای وی ایجاد شده، به رسمت شناخته شود و آثار متناسب با آن بر وضع موجود بار شود.

شناسایی چنین اثری، مستلزم توجه به سایر جنبه‌های حقوقی آن است؛ از جمله آنکه اگر پذیرفته شود که اذن، ایجاد حق هم می‌کند، دیگر نمی‌توان آن را واقعه حقوقی دانست و ضرورتاً باید اذن را در همه مصادیق و یا حداقل در مواردی که ایجاد حق می‌کند، عمل حقوقی فرض کرد. همچنین اگر قرار است با ایجاد حق به نحو یک‌طرفه

در دارایی دیگری تصرف شود، فرض حق رد و یا قبول برای مأذون ضروری به نظر می‌رسد.

همچنان معترف باید بود که از نهاد اذن غالباً برای ایجاد اباحه استفاده می‌شود و حصول حق برای مأذون از این طریق، نیازمند بیانی صریح است. در صورت فقدان صراحت، ملازمه اذن با ثبات و دوام می‌تواند قرینه‌ای برای ایجاد حق از طریق این نهاد حقوقی باشد.

## کتاب‌شناسی

۱. ابن فارس، ابوالحسن احمد، معجم مقاییس اللغة، تحقیق عبدالسلام محمد هارون، قم، دار الفکر، ۱۳۹۹ ق.
۲. ابن منظور، ابوالفضل جمال‌الدین محمد بن مکرم، لسان‌العرب، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۸ ق.
۳. ابوالسعود، رمضان محمد، و همام محمد محمود زهران، مبادئ القانون (المدخل للقانون والالتزامات)، اسکندریه، دار المطبوعات الجامعیه، ۱۹۹۸ م.
۴. احمد نکری، عبدالنبی بن عبدالرسول، جامع العلوم فی اصطلاحات الفنون الملقب بدستور العلماء، چاپ دوم، بیروت، مؤسسة الاعلمی للمطبوعات، ۱۳۹۵ ق.
۵. اسماعیلی، محسن، هادی دهنوی، و مهدی حبیبیان، «بررسی تأثیر اذن بر ضمان در حقوق ایران و فقه امامیه»، پژوهش‌نامه میان‌رشته‌ای فقهی، سال ششم، شماره ۲ (پیاپی ۱۲)، بهار و تابستان ۱۳۹۷ ش.
۶. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، چاپ بیست و ششم، تهران، اسلامیه، ۱۳۹۴ ش.
۷. همو، حقوق مدنی، چاپ سی و چهارم، تهران، اسلامیه، ۱۳۹۲ ش.
۸. انتظاری، علیرضا، «قاعده اذن از دیدگاه علامه ملا احمد نراقی»، پژوهش‌های مدیریت راهبردی، سال دهم، شماره ۲۷، ۱۳۸۱ ش.
۹. باقری، احمد، و مریم حجتی، «بررسی تعهدات امین در فقه امامیه و حقوق موضوعه»، پژوهش‌های فقهی، سال دهم، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۳ ش.
۱۰. بستانی، بطرس، محیط‌المحیط، بیروت، مکتبه لبنان ناشرون، ۱۹۹۳ م.
۱۱. بیات، فرهاد، و شیرین بیات، حقوق مدنی، چاپ دوازدهم، تهران، ارشد، ۱۳۹۶ ش.
۱۲. پورمولا، سیدمحمدهاشم، «حق و حکم در فقه امامیه»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، سال دوازدهم، شماره پیاپی ۳۳، بهار و تابستان ۱۳۹۰ ش.
۱۳. جرجانی، میرسیدشریف علی بن محمد، التعریفات، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۲۴ ق.
۱۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۷ ش.
۱۵. همو، حقوق اموال، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۶۸ ش.
۱۶. همو، دائرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت، تهران، بنیاد راستا، ۱۳۵۷ ش.
۱۷. همو، مقدمه عمومی علم حقوق، چاپ یازدهم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۷ ش.
۱۸. جوهری، ابونصر اسماعیل بن حماد، الصحاح، تاج اللغة و صحاح العربیه، چاپ سوم، بیروت، دار العلم للملایین، ۱۴۰۴ ق.
۱۹. همو، الصحاح فی اللغة و العلوم، بیروت، دار الحضارة العربیه، ۱۹۷۴ م.
۲۰. حسینی زبیدی، سیدمحمدمرتضی بن محمد، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت، دار مکتبه الحیاه، ۱۴۰۶ ق.
۲۱. حسینی مراغی، سید میرعبدالفتاح بن علی، العناوین الفقهیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۲۲. خوانساری، سیداحمد بن یوسف، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.
۲۳. راغب اصفهانی، ابوالقاسم حسین بن محمد، المفردات فی غریب القرآن، چاپ دوم، تهران، نشر کتاب، ۱۴۰۴ ق.
۲۴. زیلعی حنفی، فخرالدین عثمان بن علی، تبیین الحقائق فی شرح کنز الدقائق، بیروت، دار المعرفه للطباعة و النشر، بی تا.

۲۵. شهبازی، محمدحسین، *مبانی لزوم و جواز اعمال حقوقی*، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۳۹۵ ش.
۲۶. شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی (اصول قراردادها و تعهدات)*، چاپ نهم، تهران، مجد، ۱۳۹۱ ش.
۲۷. همو، *حقوق مدنی (تشکیل قراردادها و تعهدات)*، چاپ نهم، تهران، مجد، ۱۳۹۲ ش.
۲۸. شبیانی، علی، *بررسی تطبیقی اذن و آثار آن در فقه مذاهب اسلامی*، پایان نامه کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، تابستان ۱۳۹۱ ش.
۲۹. صالحی مازندرانی، محمد، و پیام محمدی میرعزیزی، «اثر رد تعهد به نفع ثالث بر اعتبار قرارداد»، *مجله حقوق خصوصی*، سال چهاردهم، شماره ۱ (پیاپی ۳۰)، بهار و تابستان ۱۳۹۶ ش.
۳۰. صیادی کوشک قاضی، ابوزر، رضا عباسیان، و سیدمحمدهادی مهدوی، «بررسی ماهیت و خصوصیات اذن در تصرف»، *فصلنامه پژوهش های فقه و حقوق اسلامی*، سال چهاردهم، شماره ۵۳، پاییز ۱۳۹۷ ش.
۳۱. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، *العروة الوثقی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۰ ق.
۳۲. عبدالناصر، جمال، *الموسوعة الفقه الاسلامیه*، قاهره، المجلس الاعلی للشؤون الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۳۳. عدل، مصطفی، *حقوق مدنی*، قزوین، بحر العلوم، ۱۳۷۳ ش.
۳۴. غروی اصفهانی، محمدحسین، *حاشیه المکاسب*، قم، دار الذخائر، ۱۴۰۸ ق.
۳۵. فصیحی زاده، علیرضا، *اذن و آثار حقوقی آن*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۷ ش.
۳۶. فیروزآبادی، محمد بن یعقوب، *القاموس المحيط*، مصر، المكتبة التجارية الكبرى، بی تا.
۳۷. فیض، علیرضا، *مبانی فقه و اصول*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۶۹ ش.
۳۸. فیومی مقری، احمد بن محمد بن علی، *المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی*، بیروت، مکتبة لبنان، ۱۹۸۷ م.
۳۹. قدیری، محمدحسن، *البيع*، تقریر دروس خارج امام خمینی، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۴۰. قریشی، سیدعلی اکبر، *قاموس قرآن*، چاپ سوم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۱ ش.
۴۱. کاتوزیان، ناصر، *اعمال حقوقی*، تهران، چاپ هفتم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱ ش. (الف)
۴۲. همو، *اموال و مالکیت*، چاپ سی و هفتم، تهران، میزان، ۱۳۹۱ ش. (ب)
۴۳. همو، *ایقاع (نظریه عمومی - ایقاع معین)*، چاپ سوم، تهران، میزان، ۱۳۸۴ ش.
۴۴. همو، *حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)*، چاپ دوازدهم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳ ش.
۴۵. همو، *حقوق مدنی (نظریه عمومی تعهدات)*، چاپ هشتم، تهران، میزان، ۱۳۹۵ ش.
۴۶. همو، *درس هایی از عقود معین*، تهران، چاپ هیجدهم، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۱ ش. (ج)
۴۷. همو، *عقود معین (معاملات معوض، عقود تملیکی)*، چاپ سیزدهم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴ ش.
۴۸. همو، *فلسفه حقوق*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷ ش.
۴۹. همو، *قانون مدنی در نظم کنونی*، چاپ سی و پنجم، تهران، میزان، ۱۳۹۱ ش. (د)
۵۰. همو، *مقدمه علم حقوق*، چاپ پنجاهم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵ ش.
۵۱. همو، *وقایع حقوقی*، چاپ هشتم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱ ش. (ه)
۵۲. کلینی، محمد بن یعقوب، *کافی*، قم، دار الحدیث، ۱۴۲۹ ق.

۵۳. گروه نویسندگان، «همراه با دایرةالمعارف فقه اسلامی؛ اباحه (۱)»، *مجله فقه اهل بیت (علیهم السلام)*، سال یازدهم، شماره ۴۱، بهار ۱۳۸۴ ش. (الف)

۵۴. گروه نویسندگان، «همراه با دایرةالمعارف فقه اسلامی؛ اباحه شرعی»، *مجله فقه اهل بیت (علیهم السلام)*، سال یازدهم، شماره ۴۳، پاییز ۱۳۸۴ ش. (ب)

۵۵. محقق داماد، سیدمصطفی، جلیل قنواتی، سیدحسن وحدتی شبیری، و ابراهیم عبدی‌پور، *حقوق قراردادها در فقه امامیه*، تهران، سمت، ۱۳۸۹ ش.

۵۶. مصباح یزدی، محمدتقی، *حقوق و سیاست در قرآن*، قم، مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، ۱۳۷۷ ش.

۵۷. مغنیه، محمدجواد، *فقه الامام جعفر الصادق (علیه السلام)*، بیروت، دار الجواد، ۱۹۸۲ م.

۵۸. ملیحی، سیدمصطفی، «مفهوم‌شناسی اذن و آثار آن در فقه امامیه با تکیه بر آیات و روایات»، *مجله پژوهش دینی*، سال هفدهم، شماره ۳۵، پاییز و زمستان ۱۳۹۶ ش.

۵۹. موحد، محمدعلی، *در هوای حق و عدالت؛ از حقوق طبیعی تا حقوق بشر*، چاپ سوم، تهران، کارنامه، ۱۳۸۴ ش.

۶۰. موسوی بجنوردی، سیدحسن بن آقابزرگ، *القواعد الفقهیه*، قم، اسماعیلیان، بی تا.

۶۱. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *محاضرات فی اصول الفقه*، قم، دار الهادی، ۱۴۱۰ ق.

۶۲. نبویان، سید محمود، «معنا و ماهیت حق»، *مجله معرفت فلسفی*، سال چهارم، شماره ۴ (پیاپی ۱۶)، تابستان ۱۳۸۶ ش.

۶۳. نجفی خوانساری، موسی بن محمد، *منیة الطالب فی شرح المکاسب*، تقریرات بحث محمدحسین غروی نائینی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.

۶۴. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۱۸ م.

۶۵. هیئة التحریر، «موسوعة الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل بیت (علیهم السلام)»، *مجله فقه اهل البيت (علیهم السلام)*، سال دهم، شماره ۳۹، ۱۴۲۶ ق.

۶۶. یزدانیان، علیرضا، سیدمحمدصادق طباطبایی، اکبر نعمتی، و عادل پرنیان‌جوی، «بررسی وضعیت حقوقی نظریه تملیک از طریق تعهد یک‌جانبه در فقه و حقوق ایران»، *مجله فقه و حقوق اسلامی*، سال سوم، شماره ۵، پاییز و زمستان ۱۳۹۱ ش.

67. Black, Henry Campbell, M. A., *Black's Law Dictionary*, 4<sup>th</sup> Ed., US, West Publishing Company, 1971.

68. Collin, P. H., *Law Dictionary*, 4<sup>th</sup> Ed., India, Universal Book Stall, 1992.

## کناره‌گیری حاکم در حقوق عمومی اسلام؛ پی‌جویی امکان، الزامات و اقتضات\*

- حمیدرضا صفایی اوندری<sup>۱</sup>
- سیدمحسن قائمی خرق<sup>۲</sup>

### چکیده

تشکیل حکومت و اساس مخالفت با وضعیت بی‌دولتی و از سوی تفکیک میان «حکومت» و «حاکم» و رویگردانی از مواجهه با وضعیت «حکومت ناقص»، «حکمروایی» را در میانه «حق» و «تکلیف» قرار داده است. این دوگانه معماگونه از سوی در پذیرش حکومت توسط فقیه و در سویه مقابل در امکان کناره‌گیری و همچنین گزاره «نظارت و پاسخ‌گویی» تأثیرگذار است. مقاله حاضر به امکان‌سنجی «استعفای حاکم اسلامی» و قیود و الزامات مندرج در ذیل این گفته می‌پردازد (مسئله تحقیق) و بر اساس سیاق توصیفی - تحلیلی، در نهایت «استعفا» را در قالب حق تحلیل می‌نماید و البته تأثیر اوضاع ثانوی بر «تحدید این حق» را در نظر خواهد داشت. البته این تأثیر به نحوی

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۹/۹ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۷/۹.

۱. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه علوم اسلامی رضوی (hamidrezasafiy@gmail.com).

۲. دکتری حقوق عمومی دانشگاه علامه طباطبایی (نویسنده مسئول) (m.ghaemi313@gmail.com).

نیست که استعفا را به عنوان «حکم» در نظر انگارد. در فقه عامه و قوانین اساسی معاصر نیز استعفا «حق» دانسته شده است، ولی مبنای این حق در فقه عامه با فقه امامیه متفاوت است و اطلاق این حق در قوانین اساسی معاصر، در مقابل «مقیدبودگی این حق» در فقه عامه و امامیه قرار دارد.

**واژگان کلیدی:** استعفا، عزل، حکومت اسلامی، حق ولایت، حکومت به مثابه امانت، حکومت به مثابه وکالت.

### مقدمه

حکمرانی سیاسی متجلی در فرد حاکم به انحاء مختلف خاتمه می‌یابد؛ از جمله عزل، انعزال، استعفا. در این میان، در غالب متون به مبانی و سازوکار «عزل و انعزال» به طور ویژه حتی در قوانین پرداخته شده است. در فقه اسلامی، به دلیل ماهیت ویژه حکومت در عصر غیبت، کناره‌گیری و استعفا چندان مورد توجه قرار نگرفته است. البته از حیث وقوعی نیز در موارد متعددی، استعفای حکام اسلامی رخ داده است.<sup>۱</sup>

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصل یکصد و یازدهم قانون اساسی، بی‌گفتگو پیرامون امکان این پدیده سیاسی، این امر را ممکن فرض نموده است: «... در صورت فوت یا کناره‌گیری یا عزل رهبر، خیرگان موظف‌اند در اسرع وقت نسبت به تعیین و معرفی رهبر جدید اقدام نمایند».

بنابراین با توجه به مبنای نصب و نخب و نیز سازوکار اقدام به استعفا، این مسئله امری نیازمند پژوهش به نظر می‌رسد. مقاله حاضر از سویی بر یافت مبانی فقهی «درج حق کناره‌گیری در اصل یکصد و دهم برای ولی فقیه»، و از دیگری، پیش نهادن ماهیت کناره‌گیری و حدود اعمال این حق بر سیاق تطبیقی (مقارنی فقه عامه و امامیه) انجام یافته است.

۱. البته در برخی کتب، نمونه‌های متعددی از وقوع استعفای حکام اسلامی مطرح شده است؛ برای نمونه: استعفای حسن بن علی بن ابی‌طالب (علیه‌السلام) به خاطر خوف از فتنه و حفظ خون و دماء مسلمانان (ابن خلدون، ۱۹۸۱: ۸۹۱)؛ استعفای معاویه بن یزید به خاطر عدم قدرت و استطاعت (خضری بک، ۲۰۰۲: ۳۷۴)؛ استعفای المطیع لله (الفضل بن المقتدر بن المعتضد)؛ استعفای ابوجعفر المنصور الراشد بالله (تونس، ۱۹۹۶: ۵۷)؛ استعفای مرادخان الثانی الغازی؛ استعفای خیرالدین تونسلی (همان).



## ۱. استعفا در مفهوم و رویه

استعفا (استقاله) عبارت است از دلیل و نشانه‌ای که مقتضی کناره‌گیری اختیاری رئیس دولت به واسطه اعلان صریح اوست. پس استعفا امری ارادی است و از این حیث با انعزال که در اثر اختلال در شروط و از دست دادن اهلیت (نظیر کفر به دلیل تسلط غیر مسلم بر مسلمانان)، به طور خودکار صلاحیت حاکمیت را از حاکم نفی می‌کند، تفاوت دارد. همچنین به دلیل اینکه استعفا به مقتضای اراده حاکم و اعلان او صورت می‌پذیرد، با «عزل» - که کنار نهاده شدن از سوی دیگران است - تفاوت دارد؛ گرچه هر دو به نتیجه واحدی منجر شوند. از دیگر سو، غالباً عزل در پی اعمال و تصرفات مخالف قانون صورت می‌پذیرد (مانند رشوه و خیانت)؛ نظیر اینکه در قانون اساسی آمریکا پس از صدور کیفرخواست توسط مجلس نمایندگان و بررسی اتهام توسط مجلس سنا، رئیس جمهور عزل می‌شود.<sup>۱</sup>

مفهوم دیگری هم‌راستا با «واژه استعفا» در ادبیات حقوق اساسی به نام «اعفا» وجود دارد که در نتیجه با استعفا مشترک بوده و هر دو به انتهای حاکمیت حکمران منجر می‌شوند؛ ولی مفهوم اعفا منصرف به حالتی است که فرد مستعفی جهت یا شخصیت کاریزماتیک و دارای مقبولیت فوق‌العاده‌ای باشد (سرحان، ۱۹۹۰: ۴۲۴).

درج «استعفا» در نظام حقوقی قبل از پایان‌پذیری مدت ریاست، برخی را بر آن داشته که استعفا را تنها در «حاکمیت‌های محدود به مدت معین» و غیر مادام‌العمر منحصر بدانند. دلیل این اعتبار، چه بسا یکی از شروط استعفا باشد که بر اساس آن، فرد مستعفی نمی‌تواند شرط «به حاکمیت رسیدن جانشین خود» را در استعفا لحاظ نماید.

برخی دیگر نیز مفهوم استعفا را دلالت بر «عقد رضایی» دانستن تولیت قدرت در حقوق اساسی دانسته‌اند. با این حال در آینده سخن خواهد آمد که گاهی پذیرش ولایت، تکلیف و جوبی است، ولی استعفا در این سپهر نیز امکان‌پذیر است.

از خصایص مفهومی استعفا این است که باید منجز و غیر مشروط باشد؛ زیرا در صورت

۱. ماده ۲، فصل ۴؛ از جمله در خصوص اندرو جانسون (ر.ک: ناصف، ۱۹۸۰: ۱۶۳/۵۱).

تعلیق، دلالت بر عدم رغبت فرد بر طلب استعفا دارد؛ چون هدف وی از تعلیق، تحقق معلق علیه است و نه پایان حکمروایی خود. با این حال، برخی نویسندگان از قسمی به نام «استعفا معلق» یاد کرده‌اند. در این نوع، رئیس دولت تهدید می‌کند که در صورت عدم تحقق برخی امور و یا وعده‌های داده‌شده، استعفا خود را تقدیم خواهد کرد (طماوی، ۱۹۷۳: ۴۸۲)؛ نظیر استعفا ژنرال دوگل در ۱۹۶۲ (Duverger, 1974: 773).

البته گاهی برخی از موارد استعفا، ارادی (در ظاهر) ولی ناشی از جبر شرایط اقتصادی و فضایح منتسب به رئیس دولت بوده است؛ نظیر استعفا گورباچف (۱۹۹۱)، یلتسین (۱۹۹۹)، اندریوتی در ایتالیا (۱۹۹۲) (غزال، ۱۹۹۶: ۳۹۸) و شاذلی بن جدید در الجزائر (۱۹۹۲) (بوضیاف، ۲۰۰۳: ۱۲۳).

گاهی استعفا در پی خواست ملت یا آنچه در نظام‌های پارلمانی حقوق اساسی تحت عنوان «الزام به استعفا رئیس جمهور» است، واقع می‌شود که به دلیل عدم احراز «عنصر ارادی بودن»، استعفا اصطلاحی به شمار نمی‌آید؛ نظیر استعفا جیل جریفی در جمهوری سوم فرانسه (۱۸۸۷) و استعفا اجباری الکساندر میلران (۱۹۲۴) (ناصر، ۱۹۸۰: ۴۵۵/۵۱). البته در تحلیل برخی، این قبیل استعفا به دلیل عیوب رضا، از حیث حقوقی باطل است (منصور، ۱۹۸۰: ۳۸۴؛ برزنجی و بدیر و سلامی، ۱۹۹۳: ۳۷۳).

از حیث رویه‌ای نیز استعفا مصطلح در نظام‌های سلطنتی قدیم و جدید رخ نداده است؛ چه آنکه صورت‌های برکناری و خلع به صورت اجباری در نظام‌های سلطنتی جریان دارد (نه صورت‌های استعفا به اختیار) (بی‌نام، ۱۹۸۳: ۲۱). پس از آن و با تأسیس دولت‌های مدرن مصطلح پس از پیروزی انقلاب فرانسه، قوانین اساسی بدون به «مسئله استعفا» و اصل قانونی بودن آن پرداختند؛ از جمله قانون اساسی مصر مصوب ۱۹۵۶ در ماده ۱۳۹ تصریح می‌کند:

«زمانی که رئیس جمهور استعفا خود را تقدیم کند، باید نامه آن را به مجلس نمایندگان مردم بفرستد».

یا در قانون اساسی جدید تونس بدون تشریح مراحل استعفا رئیس جمهور و وانهادن آن به آیین‌نامه‌های مطابق فصل ۵۷ قانون اساسی، نوشته شده است:

«در زمان خالی بودن منصب ریاست جمهوری به خاطر وفات یا استعفا یا عجز تام

رئیس جمهور، شورای قانون اساسی به صورت فوری جلسه تشکیل می‌دهد و جای خالی نهایی را با اکثریت مطلق اعضا تشخیص داده و این را به رئیس مجلس مشاوران و رئیس مجلس نمایندگان اطلاع می‌دهد که بلافاصله وظایف ریاست جمهوری را به طور موقت برای مواردی به عهده می‌گیرد».

قانون اساسی جدید سوریه نیز در ماده ۸۶ تصریح می‌کند:  
 «استعفای رئیس جمهور با نامه‌ای که آن را به مردم و مجلس نمایندگان تقدیم می‌کند، تمام می‌شود».

ماده ۸۷ قانون اساسی ۱۹۷۳ نیز همین فرایند را پیش نهاده است:  
 «زمانی که رئیس جمهور استعفای خود را از منصب نوشت، باید این نامه را به مجلس نمایندگان مردم تقدیم کند» (نادی، بی تا: ۱۱۰۵).

بی‌اطاله در استنادات، می‌توان به نوعی نگاه اجماعی در خصوص شناسایی استعفا و کناره‌گیری حاکم در سوابق تقنینی کشورها رسید که فارغ از تقیید یا اطلاق آن، در قالب حق طرح شده است.

## ۲. پی‌جویی امکان «کناره‌گیری» حاکم اسلامی در فقه عامه

در اهل سنت، مسئله استعفا و کناره‌گیری حاکم اسلامی در دو قالب «وکالت» و «بیعت» تحلیل شده است. این دو قالب، بنا بر ماهیت قراردادی میان طرفین و برگشت آثار قرارداد به مردم، تحلیل ویژه‌ای از حیث حق‌انگاری استعفا و تقیید یا اطلاق آن دارد. بیعت‌انگاری در فقه سیاسی امامیه نیز مورد توجه قرار گرفته است که در محل خود مورد تحلیل قرار خواهد گرفت.

### ۱-۲. تحلیل استعفا در پرتو نظریه «وکالت سیاسی»

فقه‌های مذاهب اسلامی در تحدید و تعریف مفهوم استعفا اختلاف دارند و منطق اختلاف در این است که آیا عقد خلافت و قدرت سیاسی عقد وکالت است یا عقد ولایت؟ یکی از این ایده‌ها که نتیجه آن پذیرش «بی‌قید و شرط استعفا» است، عبارت است از «نظریه وکالت»؛ بدین اعتبار که رابطه حاکم با خلافت، رابطه عقد وکالت

(زحیلی، ۱۹۸۵: ۱۵۰/۶) است<sup>۱</sup> و هر کدام از طرفین در عقد وکالت می‌توانند بدون ضرر بر خود و دیگری، از مقام خود کناره‌گیری کنند و از همین جهت است جمله‌ای که حطاب ذکر می‌کند:

«ابن عرفه می‌گوید: موکل می‌تواند وکیل خودش را خلع کند؛ همچنان که هر کدام از آن‌ها هر گاه بخواهند، به صورت اتفاقی می‌توانند وکالت را منحل کنند، مگر در وکالت طرفین نزاع (وکالة خصام) که تا خاتمه نزاع و دستیابی هر کدام از طرفین، امکان فسخ وکالت محدود شده است».

قرطبی نیز از همین تفکر پیروی کرده، می‌نویسد:

«مادامی که اتفاق نظر وجود دارد که وکیل و حاکم و تمام کسانی که از غیر خودشان در چیزی نیابت دارند، می‌توانند کناره‌گیری کنند، پس امام هم که وکیل و نایب از امت است، واجب است همانند باقی وکلا باشد» (قرطبی، ۱۹۳۳: ۱/۲۳۳).

در این تفکر، در موضوع وکالت بین عقد امامت کبیر و عقد وکالت عادی، قیاسی (از نوع مساوات) که علت جامع میان آن دو، آزادی طرفین در کناره‌گیری از عقد وکالت قلمداد شده، انجام یافته و از این رو احکام آن به حکومت تسری می‌یابد. همچنین در این اندیشه، استعفا می‌تواند با «عوض» (آنچه که در زندگی رفع نیاز از او کند: اجرت) و یا «غیر معوض» باشد؛ همچنان که یکی از فقهای حنفیه (عینی، بی‌تا: ۱۱/۳۶۱) و جوینی (جوینی، ۱۹۶۸: ۶۳) به این مطلب تصریح دارند.

اما در قالب «وکالت»، نگرش جمهور فقهای متقدم و معاصر، «جواز کناره‌گیری مبتنی بر شرایط معین» است. توضیح آنکه در برخی حالات شاذ در تاریخ اسلامی، مفهوم استعفا مبتنی بر دو حالت بوده است:

الف) نخستین حالت، زمانی است که حاکم می‌بیند استعفای وی منجر به اختلال انقلاب و اضطراب امور گشته و به مسلمانان ضرر کبیر می‌رساند، در این حالت جایز نیست

۱. البته برخی دیگر به دلیل تفاوت نوع روابط منتج از عقد وکالت در قیاس با حکومت، حاکمیت را در قالب وکالت تحلیل نمی‌کنند؛ از جمله به این دلیل که امت نمی‌توانند عقد حاکمیت را جز به دلیل کفر حاکم، فسق و عجز وی فسخ نمایند؛ در حالی که موکل در عقد وکالت، در صورت مقتضی عقد را فسخ می‌کند. همچنین در حاکمیت، حاکم به مبادی مقرر دین باید پایبند باشد و مردم نمی‌توانند او را به خلاف دین ملزم نمایند، ولی در وکالت، دستورالعمل موکل نافذ است (ر.ک: عبودی، ۱۹۹۰: ۴۴).

که استعفا دهد و جایگاه حاکم در این حالت، جایگاه مجاهد در راه خداست که در صف مؤمنان و در مقابل مشرکان ایستاده و می‌داند که ترک جایگاه، منجر به شکست می‌شود. برای این نظریه نیز به آیه شریفه ﴿وَمَنْ يُؤَلِّمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُ إِلَّا مُتَحَرِّفًا لِقِتَالٍ أَوْ مُتَحَيِّرًا إِلَىٰ فِتْنَةٍ فَقَدْ بَاءَ بِغَضَبٍ مِّنَ اللَّهِ وَمَأْوَاهُ جَهَنَّمُ وَيَبْسُ الْمَصِيرُ﴾ (انفال / ۱۶) استشهاد شده است.

حالت دوم آن است که حاکم ببیند استعفای وی منجر به فتنه یا ضرر به مسلمانان نمی‌شود یا در صورت استعفای وی، شخص اصلح از او می‌آید. در این صورت منعی برای استعفای وی وجود ندارد، ولی موافقت اهل حل و عقد، اساس قبول این استعفاست؛ از جمله آنکه ابوعلی ابن فراء نوشته است:

«زمانی که امام اراده کرد استعفا دهد، اگر در وجود خودش نقصی را پیدا کرد که در امامت تأثیر دارد و از زوال این نقص ناامید است، واجب است که خلع نفس کند؛ زیرا شرط امامت زائل شده است و با زوال این شرط، مقصود که استیفای حقوق و اقامه حدود باشد، زائل شده است. اما اگر نقصی را در وجود خودش یافت نکرد، نسبت به این قسمت دو نظریه وجود دارد:

الف) به اعتبار اینکه وکیل است، می‌تواند خلع نفس (استعفا) کند؛ زیرا وکیل می‌تواند از وکالت استعفا بدهد.

ب) اگر خطایی را مرتکب شده است که موجب دفع حقی به غیر است، جبران این خطا بر عاقله وی می‌باشد و وی نمی‌تواند استعفا بدهد؛ زیرا بحث در این است که آیا حاکم در صورت انجام خطا، جبران خسارت بر عهده خود وی می‌باشد یا بر عهده بیت‌المال؟» (ابن فراء، ۱۹۸۶: ۲۴۰).

فراء نیز نقل می‌کند که اصحاب ابوموسی اشعری، بر دو وجه در این مسئله اختلاف پیدا کردند: نخست اینکه جایز نیست امام خودش را خلع کند؛ زیرا اولاً رسول الله ﷺ در این مطلبی اذنی نداده است، ثانیاً خلع امام موجب ضرر به مسلمانان می‌گردد و ثالثاً خلافت به خانه‌ای دوره‌ای می‌ماند و می‌گردد تا به امام دیگر برسد که استعفا در آن، به تأخیر استیفای حقوق مردم و حدود الهی منجر می‌شود. از سوی دوم، بدان جهت که حاکمیت اعتبار وکالت دارد، جایز است برای حاکم که خلع نفس کرده، استعفا دهد؛ زیرا در این صورت، ضرری به موکل در این زمینه نمی‌رسد، و از اینکه به عثمان گفتند: «اخلع نفسک!» و عثمان در جواب آن‌ها گفت: «من ردای خلافت را از

تن بیرون نمی‌کنم؛ زیرا این ردای خلافت را رسول الله ﷺ بر تن من کرده است»، (سنه‌وری، ۲۰۰۱: ۲۰۹)، فهمیده می‌شود که اگر استعفای حاکم ممکن نمی‌بود، مردم از عثمان چنین درخواستی نمی‌کردند. این اندیشه، پاسخ صحابه را مبنی بر اینکه «ما تو را رها نمی‌کنیم، پیامبر تو را مقدم کرده است، پس چه چیزی تو را مؤخر می‌کند»، به این درخواست ابوبکر که می‌گفت: «من را برکنار کنی و رها کنی»،<sup>۱</sup> دلیل بر این دانسته‌اند که اصل حق استعفای حاکم در این فضا پذیرفته شده است.

برخی دیگر از اندیشمندان، از جمله قلقشندی، تفتازانی و زحیلی نیز با قبول قالب «وکالت»، استعفای حاکم را به دلایلی چون خوف الهی و عظمت منصب یا عجز از قیام به مصالح مسلمانان جایز دانسته‌اند؛ خصوصاً که این منصب را حق مسلمانان (و نه حق خلیفه) به شمار آورده‌اند (قلقشندی، ۱۹۶۳: ۶۵/۱؛ زحیلی، ۱۹۹۶: ۷۰۲/۶)؛ ولی جواز استعفای بی سبب را اختلافی دانسته‌اند (طی، ۱۹۹۷: ۸۲). در همین اختلاف نیز برخی قول راجح را «برتری استعفای حاکم بر الزام به بقای وی در منصب حکمرانی» دانسته‌اند و برخی نیز این را واجب دانسته‌اند تا حکومت به واسطه رفتارها و حاکمیت و مؤسسات وی تعطیل نشود (طماوی، ۱۹۶۷: ۲۷۱). بر همین اساس، جایز نیست که حاکم به شرط اینکه جانشین او حکومت را به دست گیرد، استعفا دهد. ولی برای گریز از وضعیت «بی‌دولتی»، ماوردی قائل به انتقال حکمرانی به ولیعهد حاکم شده و در این خصوص استعفا را به منزله موت دانسته است (ماوردی، ۱۹۸۹: ۲۴).

برخی دیگر در نظریه سومی، قائل به «اصالت حق» یا «اصالت تکلیف» در خصوص حکمرانی حکمران اسلامی نیستند؛ بلکه معتقدند که خلافت و حاکمیت، «حقی اصیل» برای حاکم نیست و منصبی است که از امت به دست آورده است و بر همین اساس، در هنگام «حاجت به او» وی حق استعفا ندارد (طماوی، ۱۹۶۷: ۲۷۲)؛ به این دلیل که خداوند نیز با یونس عَلَيْهِ السَّلَامُ به دلیل «ترک قوم» برخورد نمود (وصفی، ۱۹۷۴: ۱۱۴).

## ۲-۲. تحلیل استعفا با پیش‌فهم «بیعت‌انگاری روابط قدرت»

بنا بر آنکه بتوان «ماهیت رابطه حکومت اسلامی و مردم» را در قالب «بیعت»

۱. «أقيلوني أقيلوني».

تحلیل کرد، می‌توان امکان کناره‌گیری مباح‌له را از احکام بیعت استخراج کرد و پس از امکان‌سنجی بر مانحن‌فیه تطبیق داد.

بیعت این است که بیعت‌کننده خود را در اختیار بیعت‌شونده قرار می‌دهد و بیعت‌شونده سعی می‌کند امور او را به صورت صحیح تدبیر کند؛ گویا بیعت‌کننده و بیعت‌شونده به کاری تجاری اقدام می‌کنند (سبحانی، ۱۳۷۰: ۲۱۷). یکی از اقسام بیعت، «بیعة الخلافة و الامامة» به معنای پذیرش ولایت امر در تمام امور و به تمام معناست. البته به نظر می‌رسد که دیگر اقسام بیعت، مانند بیعة الاتباع (متابعت) و بیعة الجهاد نیز بخشی از بیعت خلافت و امامت است. حال بنا بر تحلیل «رابطه خبرگان و ولی فقیه» و یا «رابطه مردم و ولی منتخب مستقیم از سوی مردم» در قالب «بیعت»، آیا این بیعت بر مباح‌له (بیعت‌شونده) الزام‌آور است و یا می‌تواند تحت عنوان «استعفا»، این بیعت را فسخ کند؟ با مراجعه به ادله به نظر می‌رسد که ظاهر، غیر قابل فسخ بودن بیعت از سوی بیعت‌کنندگان (مباح) و لزوم بیعت باشد. از جمله ادله، قسمت‌هایی از نامه‌های امام علی علیه السلام به معاویه است:

- «همان کسانی که با ابوبکر و عمر و عثمان بیعت کردند، با همان شرایط و نحو با من بیعت نمودند. بنابراین نه آن که حاضر بود، [هم‌اکنون] اختیار فسخ دارد، و نه آن که غایب بود، اجازه رد کردن دارد» (مفید، ۱۴۱۳: ۹۵).

- «بیعت یک بار بیش نیست، تجدیدنظر در آن راه ندارد و در آن اختیار فسخ نیست» (همان).

با مراجعه به تاریخ نیز می‌توان گفت که فسخ بیعت از جانب مباح‌له خالی از اشکال است؛ از جمله به دلیل برداشته شدن بیعت از سوی امام حسین علیه السلام در شب عاشورا (ابن اثیر جزری، ۱۴۰۸: ۵۵۹/۲) و برداشتن بیعت توسط پیامبر از ابودجانه در جنگ احد (مجلسی دوم، ۱۴۰۴: ۷۰/۲۰). البته در صورتی، این خصلت ترکیبی عقد بیعت از حیث لزوم و جواز مطرح است که اصل بیعت بر موردی شرعی و مجاز از منظر شرع بسته شده باشد. از این رو، بیعت مردم با کسی که فاقد شرایط رهبری در اسلام است، باطل است و برهم زدن آن از جانب طرفین مجاز و بلکه لازم است و این بیعت برای آن حکومت مشروعیت نمی‌آورد و ولایت او همچنان غاصبانه و غیر مشروع است.

اما در فقه عامه به مقیاس فسخ عقود، بر هم زدن بیعت از جمله در قالب استعفا، به دلیل ترتب ضرر بر حق امت ممنوع است (طی، ۱۹۹۷: ۸۲). در تفصیلی دیگر، اگر این بیعت به دلیل مصلحت خلیفه منعقد شده باشد، استعفای وی بلامانع است، ولی اگر به دلیل مصلحت امت باشد و در یافتن بدیل وی تعذری باشد، وی حق استعفا ندارد (همان: ۸۳).

### ۳. امکان و هویت استعفا در انگاره‌های فقهی امامیه

هویت و امکان‌سنجی کناره‌گیری حاکم اسلامی - بی‌آنکه نوشته لزوماً در پی اثبات آن باشد- در انگاره‌های فقهی امامیه به نحو دیگری قابل تحلیل است. در حقیقت همان‌طور که پذیرش منصب بر فرد شایسته، امری قابل کندوکاو فقهی است، رهایی از منصب نیز امری قابل تدقیق از منظر فقهی است. در امامیه، استعارات متعددی برای تحلیل حکومت و روابط قدرت مطرح است؛ از جمله موقوفه‌انگاری حکومت (در نظریات فقهایی همچون فقهای عصر مشروطه)، امانت‌انگاری حکومت و تحلیل حکومت در قالب وصیت.

این استعارات، ریشه‌های عاریتی از حقوق خصوصی و فقه مدنی دارد که نویسندگان این جستار، تنها به نظریه امانت به دلیل وجهه کمتر خصوصی آن می‌پردازند؛ ولی به دلیل اعتقاد ایشان به استقلال حقوق عمومی از حقوق خصوصی، در تحلیل‌های دیگر، به سنجش مسئله استعفا بر مبنای موازین حقوق عمومی (از جمله مبنای نصب و نخب، صلاحیت‌های حاکم و ماهیت و خصایص حق) خواهند پرداخت.

#### ۳-۱. استعاره «امانت»

آیه شریفه ۵۸ سوره نساء می‌فرماید: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا...﴾. تقریب به آیه شریفه در راستای مسئله تحقیق، در گرو تبیین «مفهوم امانت» در آن است. در برخی از تفاسیر آمده است که منظور از امانت در آیه شریفه با توجه به سیاق آیه مطلق است؛ چه آنکه وقتی تشریح مطلق شد، مقید به موضوعات احکام فرعی فقهی نمی‌شود (طباطبایی، ۱۳۷۴: ۶۰۳/۴؛ حسینی همدانی، ۱۴۰۴: ۸۷/۴). قول دوم این است که منظور از امانت، حکومت است (طبرسی، ۱۳۷۲: ۹۸/۳؛ طوسی، بی‌تا: ۲۳۴/۳؛ عروسی حویزی،



۱۴۱۵: ۳۱۴/۴). بر طبق تفاسیر یادشده نیز منظور از «أهلها»، انتخاب امامتداری (حاکم) متناسب با امانت است (صادقی تهرانی، ۱۴۱۹: ۸۷).

با این حال در روایات بسیاری، منظور از «الأمانات» ودایع امامت دانسته شده که خداوند هر امام را «در تحویل به امام بعدی» ملزم کرده و منظور از «أهلها»، اهل بیت علیهم السلام هستند<sup>۱</sup> (کلینی، ۱۴۰۷: ۲۷۶/۱؛ مجلسی دوم، ۱۴۰۴: ۱۸۱/۳) و در برخی روایات، منظور از آن، ادای نماز، زکات، روزه و حج بیان شده است.<sup>۲</sup> البته به نظر می‌رسد که این نحو اخبار، اتمّ مصادیق را بیان می‌کنند و تعارض با یکدیگر یا با عموم آیه ندارند. از این رو، امارت و حکومت به دلیل دربرگیری مصادیق هر سه نظریه، در هر کدام از این نظریات، ذیل استعاره امانت قرار می‌گیرد.

از دیگر آیات مؤید این برداشت، آیات ۳۲ سوره معارج و ۸ سوره مؤمنون<sup>۳</sup> است که معنای «امانت» در روایات ذیل آن‌ها، «ولایت و حکومت» بیان شده است (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴: ۳۸/۲۵) است.

در آیه ۲۷ سوره مبارکه انفال نیز چنین آمده است: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُوا أَمَانَاتِكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾. از ابن عباس نقل شده که هر کس چیزی از برنامه‌های اسلامی (از جمله لزوم حفظ اسرار نظامی) را ترک کند، یک نوع خیانت نسبت به خدا و پیامبر مرتکب شده است (همان: ۱۳۶/۷). با توجه به مطالب فوق در باب حفظ اسرار نظامی، پایبندی به برنامه‌های الهی و اطلاق واژه امانت، فهمیده می‌شود که بی‌شک

۱. «الْحُسَيْنُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ مُعَلَّى بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيِّ الْوُشَاءِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ عُمَرَ قَالَ: سَأَلْتُ الرَّضَا عليه السلام عَنْ قَوْلِ اللَّهِ عز وجل: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾. قَالَ: هُمُ الْأَيْمَةُ مِنْ آلِ مُحَمَّدٍ عليه السلام أَنْ يُؤَدَّى الْإِمَامُ الْأَمَانَةَ إِلَىٰ مَنْ بَعْدَهُ وَلَا يَخْصُ بِهَا غَيْرَهُ وَلَا يَزْوِيهَا عَنْهُ»؛ (الحسين بن محمد بن محمد بن محمد بن علي الوشاء عن أحمد بن عائد عن ابن أذينة عن يزيد العجلي قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله عز وجل: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾. قَالَ: إِنَّا نَعْنِي أَنْ يُؤَدَّى الْأَوَّلُ إِلَى الْإِمَامِ الَّذِي بَعْدَهُ الْكُتُبَ وَالْعِلْمَ وَالسَّلَاحَ، ﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ الَّذِي فِي أَيْدِيكُمْ، ثُمَّ قَالَ لِلنَّاسِ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾ إِنَّا نَعْنِي خَاصَّةً أَمْرَ جَمِيعِ الْمُؤْمِنِينَ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ بِطَاعَتِنَا».

۲. «قال أبو جعفر عليه السلام: إن أداء الصلاة والزكاة والصوم والحج من الأمانة ويكون من جملتها الأمر لولاة الأمر بقسم الصدقات والغنائم وغير ذلك مما يتعلق به حق الرعية».

۳. «وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ».

مصدق‌های روشنی از امانتداری نسبت به خرده‌نظام‌های نظام کلان حکومت در مدارک مذکور بیان شده است.

در آیه شریفه ﴿إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا...﴾ (احزاب / ۷۲-۷۳) نیز چه بسا بتوان گفت که مراد از این امانت، ولایت الهی باشد (طباطبایی، ۱۳۷۴: ۵۲۵/۱۶) و این احتمال، منافاتی با اخبار تحت عنوان «ولایت اهل بیت و ائمه اطهار به مثابه مفهوم امانت» ندارد<sup>۱</sup> (صدوق، ۱۴۰۳: ۱۱۰؛ عروسی حویزی، ۱۴۱۵: ۳۱۲/۴)؛ زیرا ولایت اهل بیت علیهم‌السلام نیز شعاعی نیرومند از آن ولایت الهیه است (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴: ۱۳۵/۱۷). به تعبیر محقق نائینی، «حکومت به مثابه امانت»، نظریه مقبول در «جمع شرایع و ادیان» و «از اظهر ضروریات دین اسلام و بلکه تمام شرایع و ادیان» است (غروی نائینی، ۱۴۲۴: ۷۲)؛ همچنین است در برخی تحلیل‌های غربی حکومت همچون نظریه قرارداد اجتماعی در اندیشه جان لاک (ر.ک: طاهری، ۱۳۸۶: ۷۶). وفق آیات گذشته به ویژه آیه ۵۸ نساء، حکومت و ولایت، متعلق به خداوند (موسوی خمینی، بی‌تا(ب): ۴۴) و مسئولیت مردم در برابر خداوند نسبت به «سپردن آن به اهل»، نشان‌دهنده مستودع بودن آن‌ها در برابر خداست. به عبارت دیگر، رأی مردم در حکومت اسلامی (که مصداق امانت است)، مستند به خداوند است.

حال در تحلیل دقیق‌تر ماهیت حکومت اسلامی، برخی مانند آیه‌الله گلپایگانی تصدی امور حسبه را مستند به امانت شرعی می‌دانند؛ زیرا این امور بلا تکلیف مانده است (موسوی گلپایگانی، ۱۴۰۹: ۵/۳). ولی به نظر می‌رسد که ماهیت حکومت «امانت مالکی» باشد؛ زیرا به صورت قهری یا بدون اطلاع مالک به دست حاکم نیفتاده است، و اینکه شارع اذن آن را داده است، دلیل بر این نیست که آن امانت مالکی محسوب

۱. «حَدَّثَنَا أَحْمَدُ بْنُ زَيْدٍ بْنُ جَعْفَرِ الْهَمْدَانِيُّ قَالَ: حَدَّثَنَا عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ بْنِ هَاشِمٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ مَعْبُدٍ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ خَالِدٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ عَلِيَّ بْنَ مُوسَى الرِّضَا عليه السلام عَنْ قَوْلِ اللَّهِ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا: ﴿إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا﴾: «حَدَّثَنَا مُوسَى بْنُ الْمُتَوَكِّلِ عليه السلام قَالَ: حَدَّثَنَا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ جَعْفَرِ الْحَمِيرِيِّ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ عِيسَى عَنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ فَضَّالٍ عَنِ مَرْوَانَ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام عَنْ قَوْلِ اللَّهِ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا: ﴿إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا﴾. قال: الأمانة الولاية والإنسان أبو الشرور المنافق».

نشود؛ زیرا منظور در امانت شرعی، امانتی است که اذن شارع بدون وجود هیچ مودع دیگری باشد، حال اینکه در اینجا مردم (به عنوان مودع نسبت به حاکم) نقشی بسیار پررنگ دارند و بین حاکم و مردم و همچنین خداوند، نوعی رابطه ایجاب و قبول وجود دارد. البته در شئون حکومت قطعاً مواردی پیش خواهد آمد که از سنخ امانت شرعی باشد، لیکن اصل نظام حکومت امانت مالکی محسوب می‌شود.

وفق قواعد امانت، مستودع (حاکم) صرفاً با تحویل امانت به مودع از امانتداری خارج می‌شود (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۲۳۲/۴) و پس از فسخ، امانت مالکی در دست او به امانت شرعی تبدیل می‌شود، مادامی که به صاحبش برساند (موسوی خمینی، بی‌تا(الف): ۵۹۷/۱). بر این مبنا، حاکم اسلامی در عصر غیبت، حق استعفا دارد و ترک آن ضمانتی ندارد؛ لیکن پذیرش حکومت، امری است که از جهات دیگر دارای عناوین الزام‌آور است. تعاون به برّ، وجوب نفی ضرر احتمالی از دین و جامعه، اهتمام به امور مسلمانان و... مواردی است که نظراً، فرد ذی‌صلاح را ملزم به پایبندی به امانتداری می‌کند. شاید بتوان ادعا نمود که در باب ودیعه بین موضوعات فقهی تفصیل وجود دارد (از جمله آنکه مصداق حاکمیت، عقدی لازم باشد و مابقی اقسام، تحت قاعده جواز قرار گیرند).

### ۲-۳. تحلیل مسئله در پرتو اندیشه «نخب» و «نصب»

بر مبنای نظریه نخست، مشروعیت حاکم اسلامی در عصر غیبت، زمینی و مردمی است؛ یعنی حاکم منتخب در مقام ثبوت فاقد ولایت است و پس از انتخاب توسط خبرگان، ولایت اعطایی مردم از مجرای مجلس خبرگان به وی اعطا می‌شود و برای وی به اثبات می‌رسد. بنابراین کارویژه خبرگان، انتخاب با واسطه ولایت فقیه از سوی مردم است. بر پایه این نظریه، «معصومین علیهم‌السلام فقهای جامع شرایط را برای منصب ولایت معرفی نموده، ولی نصب نکرده‌اند» (منتظری، ۱۴۰۸: ۴۱۶/۱). در این صورت، اگر مردم آنان را برای رهبری انتخاب کنند، ولایتشان فعلیت یافته و مشروع می‌شود. به عبارتی، ولایت از خصلتی انشایی برخوردار است که نقش اصلی در دادن ولایت به فقیه، با مردم است. خبرگان نیز با توجه به خبرویت و وکالت، شایسته‌ترین شخص را از نظر ضوابط دینی و مدیریتی و سایر شرایط مضبوط رهبری، برای سرپرستی اجتماعی مورد

بیعت قرار می‌دهند.

بر مبنای انتخاب، مجلس خبرگان به نیابت از ملت، حاکم اسلامی را برمی‌گزینند و او را برای تصدی امور منصوب می‌کنند؛ لذا فرض دارد که ولیّ فقیه از نصب کنندگان درخواست استعفا بنماید. به بیان دیگر، این شأن ایجاباً و سلباً به نمایندگان مردم اتکا دارد و چنانچه مصلحت بدانند، استعفا را می‌پذیرند. البته بر فرض وجود حق استعفا ممکن است که اعضای مجلس خبرگان با ملاحظه عناوین ثانویه ضرر یا حرج یا وقوع هرج و مرج و اختلال در نظام، مانع ولیّ فقیه در استفاده از این حق بشوند. این فروض ثبوتاً امکان‌پذیرند، ولی اثباتاً مجرای قانونی ندارند. با این حال، در فرض پذیرش ابتدای قانون اساسی بر این مبنا، ضروری است که سازوکار استعفا در فرض نظریه انتخاب تبیین شود.

در مقابل، نظریه انتصاب، مشروعیت ولیّ فقیه را الهی و متکی به نصب از سوی شارع می‌داند و وفق روایاتی از جمله وجوب رجوع به فقها در حوادث واقعه، این مطلب برداشت می‌شود (آل بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ۲۲۱/۳؛ مفید، ۱۴۱۳: ۸۱۰؛ سآر دیلمی، ۱۴۰۴: ۲۶۱؛ غروی اصفهانی، ۱۴۰۹: ۱۴۲/۱؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۳: ۵۱؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۹۱/۱۱). بر اساس این نگرش، نقش خبرگان در تعیین رهبری تنها «کشف» و شناسایی فقیه جامع شرایط برتر در اصل ۱۰۹ قانون اساسی می‌باشد. در واقع نمایندگان مجلس خبرگان در تعیین رهبری به عنوان «بینه یا کارشناس و خبره» شهادت یا اعلام نظر می‌نمایند و به هیچ روی، جعل ولایت و اعطای منصب رهبری نبوده و نقشی در مشروعیت وی ندارند.

درون این نظریه، مجلس خبرگان و در واقع «رأی مردم برای تشکیل چنین مجلسی»، موجب «کشف جواز اعمال ولایت برای مجتهد منتخب» و نیز «کشف لزوم اطاعت از ولیّ منتخب برای دیگران» (تولی‌سازی) است و نه «جعل ولایت برای فقیه». این رأی نیز بیعت با «من له الولاية» و تولی است شرعاً، نه [اینکه] بیعت، محقق ولایت و به منزله توکیل باشد (جوادی آملی، ۱۳۷۵: ۶۵/۱). به قرائن متعدد از جمله اظهارات متعدد مطرح شده از سوی اعضای مجلس خبرگان تدوین قانون اساسی می‌توان موضع قانون اساسی ایران را نظریه نصب دانست (مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۳۶۴: ۱۰۸۴/۲ و ۱۰۶۸).

به نظر می‌رسد مستظهر به نظریه انتصاب و منصوبیت به نصب عام شارع، استعفا نمی‌تواند قابلیت تحقق داشته باشد. در حقیقت ماهیت نظریه «نصب» به نحوی است که «ولایت» را به «حکم شرعی» و «مقتضای آن: عدم امکان کناره‌گیری» نزدیک می‌سازد؛ همچنان که «ماهیت کشف جواز اعمال ولایت برای مجتهد منتخب از سوی خبرگان» نیز به معنای انحصار اعمال ولایت در فرد حاکم فعلی است و استعفا حتی به دلیل «روی کار آمدن فرد اصلح» نمی‌تواند معنا داشته باشد. در حقیقت، این منصب به او تفویض شده و نایب عام معصوم است و اگر امکان داشته باشد که فقیه بتواند از این منصب کناره‌گیری کند، به همان دلیل باید معصوم نیز بتواند از این منصب کناره‌گیری کند. بنابراین کناره‌گیری در نظریه انتصاب، تنها در زمان حضور امام معصوم و آن هم با وجود معاذیر شرعی در مورد والیان قابل تصویر است.

### ۳-۳. استعفای حاکم اسلامی در پرتو ایده و هویت حق

به طور کلی، نگره غالب در فهم حق در اندیشه سنتی، نمایه «اختصاص» است؛ اختصاصی که به طور اجمال، قبل از تشکیل جامعه هم وجود داشته است و پس از تشکیل آن، به شکل‌های گوناگون و متنوعی ظاهر می‌شود که یکی از آن‌ها حق است. در «گسست مفهومی حق از سایر عناوین در حقوق عمومی»، گاهی «حق» به نحو اطلاق شایعی بر معنایی شامل ملک و حکم (نظیر عبارت‌سازهای «حق الراعی علی الرعی» که در آن، حکم در تبلس «حق» ظاهر شده است) صادق است و گاهی به معنای خاص آن و در برابر حکم منظور شده است. فقها با تمییز میان دو مفهوم بنیادین «حق» و «حکم» و بنا نهادن فروعات بسیاری در فقه سیاسی بر این دوگانه، حق را در رویکردی بنایی به معانی متمایزی معادل آورده‌اند؛ برای نمونه، برخی حق را به معادل معنایی «سلطنت» معنا نموده‌اند (انصاری، ۱۴۱۰: ۲۰). در تعاریف دیگر، گاهی حق مترادف معنای ملک و از ضعیف‌ترین مراتب ملکیت و تحت عنوان اختصاص (یزدی، ۱۴۲۹: ۵۴) و گاهی به امری مستحق بر مبنای حکم شرع (زحیلی، ۱۴۱۸: ۲۲/۳) یا مصلحت مستحق شرعی (زرقاء، ۱۴۲۰: ۲۳/۳) فهم شده است.

در تمایز مطرح شده، حق به عنوان «امری اسقاط‌پذیر» (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸: ۵۱/۱)

در مقابل حکم غیر قابل اسقاط قرار می‌گیرد؛ فارغ از آنکه چیستی این تفاوت در این باشد که امر حکم به دست حاکم باشد و حق به دست صاحب حق، یا اینکه احکام ناشی از مصالح و مفاسدی می‌باشد که رفع و وضع احکام تابع آنهاست، ولی اعتباریات این گونه نبوده و تابع اسبابشان است (همان: ۴۵/۱).

به نظر می‌رسد گرچه احکام تکلیفی و احکام وضعی (نظیر حق) هر دو از اعتباریات هستند، ولی احکام تکلیفی متضمن بعث و زجرند؛ اعم از اینکه این بعث و زجر ناشی از مصلحت و مفسده ملزمه یا غیر ملزمه باشد. همچنین با تحقق بعث و زجر، فعل ثابت نمی‌شود، مگر اینکه بر اساس مقتضای بعث صورت گیرد یا موضوع از میان برود. بنابراین حتی شارع نیز نمی‌تواند آن‌ها را اسقاط کند. اما ماهیت حق طبیعتاً قابل رفع بوده، نهایت امر اینکه ثبوت حق نیاز به سبب معتبر نزد شارع دارد. سقوط آن نیز نیاز به سببی دارد که نزد شارع دارای اثر «اسقاطی» باشد (همان: ۹۸/۱).

پس از این تفصیل، برای یافتن «حقوق قابل اسقاط» باید به «دلیل اعتبار حق»، «مناسبت حکم و موضوع» و «مصالح و احکام مقتضی حکم» توجه کرد. در بحث حاضر، مصلحت اعتبار «ولایت و حکمرانی»، رعایت امور مولی‌علیه و موصی‌له است، نه رعایت ولی و وصی (همان: ۴۹/۱). بنابراین وجود چنین مصلحتی متناسب با اسقاط نیست. با توجه به همین امر اگر در جایی اعتبار حق در جهت منافع ذی‌حق بوده، نه من‌علیه‌الحق، در این صورت اسقاط صحیح به نظر می‌رسد. حسب همین تحلیل، استعفا به دلیل منافع مولی‌علیهم نمی‌تواند رخ دهد.

محقق اصفهانی می‌نویسد موردی یافت نشده که حق بودن آن ثابت گردیده، ولی شکی در اسقاط آن باشد. آنچه موجب تردید در این امر می‌شود، حقوقی مانند حق ولایت است. به همین دلیل در نظر تصریح‌کنندگان به ماهیت حکمروایی نظیر محقق اصفهانی، گرچه در احادیث و کلمات فقها به این موارد حق اطلاق شده است، ولی در واقع دارای ماهیت حق نیستند و این موارد در زمره احکام جای دارند (همان: ۵۱/۱).

مؤید دیگر حکم بودن «ولایت و حکمروایی»، این است که در صورت حق بودن، قابلیت نقل دارد؛ همان گونه که در عبارات فقها به این خصیصه حق تصریح شده است (غروی اصفهانی، ۱۴۰۹: ۱۱۶). در این خصوص نیز به دلیل تقویم حکمروایی به شخص

(آل بجرالعلوم، ۱۴۰۳: ۱۹/۱) و نیز دلیل حکم، مناسبت حکم و موضوع و مصالح هر حکم، می توان گفت که حق ولایت حاکم شرعی در خصوصیت حاکم بودن و تحقق این منصب ریشه دارد. به همین دلیل، اسقاط و نقل آن (در قالب استعفا و اشتراط جایگزینی دیگری) میسر نیست (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۱۸/۱).

### ۳-۴. «استعفا» در پرتو «صلاحیت های حاکم اسلامی در عصر غیبت»

برای حاکم اسلامی در عصر غیبت، عرصه های مختلفی از صلاحیت در نظر گرفته شده است که وفق نظر فقها از سه حالت خارج نیست؛ از جمله:

۱. قضاوت و رفع ترافعات موجود بین مردم که به نص و اجماع برای فقیه ثابت شده می باشد (موسوی خمینی، ۱۴۲۳: ۷۵).

۲. منصب افتاء که آن نیز برای فقیه نصاً،<sup>۱</sup> عقلاً<sup>۲</sup> و اجماعاً اثبات شده است (عاملی جزینی، ۱۴۱۴: ۵۰۸/۱؛ بهجت، ۱۴۲۶: ۴۴۶/۲).

۳. تصرف در اموال و انفس مردم که البته در مورد اخیر اختلاف وجود دارد؛ به این نحو که فقیه دارای تصرف استقلالی در انفس و اموال مردم باشد و فقیه در صورت تمکن باید تشکیل نظامی صحیح برای اجرای احکام الهی بدهد (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۱۱۳/۵) و یا اینکه تصرف مردم در انفس و اموال، متوقف بر اذن فقیه باشد، همانند تصرف در اموال ایتام برای عدول مؤمنان (نراقی، ۱۴۱۷: ۵۹۹).

با توجه به تقسیمات فوق می توان چنین گفت که مناصب نام برده از سوی امام معصوم به فقیه واگذار شده است و نمی توان آن ها را وانهاد و در صورت توقف «اجرای این وظایف» بر «تشکیل حکومت اسلامی»، نظیر «اجرای حدود» (ابن بزاج، ۱۴۰۶: ۳۴۱/۱؛ ابن زهره، ۱۴۱۷: ۱۲۵) می توان از ممنوعیت استعفای فقیه در این صورت سخن بر

۱. امام باقر (علیه السلام) به یکی از اصحاب اندیشه ور خود، ابان بن تغلب فرمود: «یا ابان! اجلس فی مسجد المدینة وأفت الناس، فأنتی أحب أن یری فی شیعتی مثلك» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۹۱/۳۰).

۲. آیه الله خویی می فرماید: «صحیح این است که وجوب اجتهاد، تقلید و عمل به احتیاط به فهم عقل است، یعنی عقل درک می کند که ارتکاب حرام و ترک واجب بدون دلیل موجب استحقاق عقاب می شود... بنابراین از نظر عقل، گریزی جز تحصیل ایمن آور از عقاب نیست که با یکی از این سه امر اجتهاد، تقلید و احتیاط حاصل می شود... پس وجوب هر یک از آن ها از باب وجوب دفع ضرر محتمل یعنی عقاب، به حکم عقل ثابت می شود» (موسوی خویی، ۱۴۱۸: ۱۲/۱).

زبان آورد. البته این به معنای عدم تفکیک «شخص حاکم» و «حکومت» نیست. بلکه مقصود، فقدان فقیه هم‌تراز و واجد شرایط فقیه مستعفی است. از دسته‌بندی فوق می‌توان به گونه‌ای دیگر نیز به مسئله رهنمون شد. توضیح آنکه یکی از مناصب فقیه، قضاوت است و در خصوص «استعفای قاضی» در فقه نظراتی وجود دارد.

محقق فرموده است:

«فرد دارای اهلیت قضا در صورت وجود امثال، به قضا اجبار نمی‌شود؛ حتی اگر امام وی را الزام نماید. ولی برخی چون شیخ طوسی نوشته‌اند: در صورت الزام، تصدی قضا و بقا بر آن بر وی واجب است و البته ما الزام امام را منتفی می‌دانیم؛ زیرا امام در موردی که لازم نباشد، الزام نمی‌کند؛ همچنان که از نبی خدا ﷺ روایت شده که: «إِنَّا لَا نَجْبِرُ عَلَى الْقَضَاءِ أَحَدًا» (طوسی، ۱۳۸۷: ۸/۸۲)؛ اما در صورتی که بر او قضا متعین شود، بقاء بر قضا بر وی واجب است» (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۴/۶۸).

همچنین شیخ طوسی نوشته است: اگر جماعتی قضا را به حد سواء بدانند و امام یکی از آنان را بر این منصب معین نماید، حق امتناع ندارد (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۳/۴۲۰؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۴۰/۴۱).

عزل تشهّی و اقتراحی (استعفا) قاضی نیز جایز انگاشته نشده است؛ زیرا ولایت قاضی شرعاً استقرار یافته است و به همین دلیل تشهّیاً و اختیاراتاً قابل زوال نیست، و در معرض استعفا قرار دادن کسی است که نمی‌تواند استعفا دهد (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۳/۳۵۷)؛ ولی برخی با مصادره خواندن استدلال اول و استحسان دانستن برهان دوم، قائل به جواز استعفا شده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴: ۴۰/۶۲؛ حسینی عاملی، بی‌تا: ۱۰/۲۲). دلیل این قول نیز آن است که قاضی نظیر وکیل و وصی است. البته برخی در این خصوص تحلیل کرده‌اند که بر خلاف عصر حضور، این عمل در زمان غیبت جایز نیست؛ به دلیل اینکه ولایت به گونه‌ای که فرد واجد آن بتواند همه صلاحیت‌ها را نسبت به جامعه و مردم داشته باشد، بنا بر ادله اثبات نشده است. پس حاکم در عصر غیبت به طور مطلق نظیر «وکالت» نیست و حاکم باید در افعالش طبق قانون مراعات مصلحت جامعه را داشته باشد (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳: ۱/۲۳۲).



## نتیجه گیری

با عنایت به نکات و تحلیل‌های مطرح شده، می‌توان چنین جمع‌بندی کرد که در تحلیل‌های پیش‌گفته، میان «حکومت» و «حاکم» خلط صورت پذیرفته است. اندیشمندان و فقهای اسلامی، گویی بی‌توجه به «تفاوت مؤلفه‌های فقه سیاسی عصر حضور امام و عصر غیبت» و نیز «شخصیت حقوقی حکومت و تفکیک حکومت از حاکم» به ممنوعیت استعفا نظر داده‌اند. چنان‌که پیشتر مطرح شد، نتیجه نظریاتی همچون «تحلیل استعفا در قالب وکالت» (در اهل سنت) و «تحلیل استعفا در پرتو صلاحیت‌های حاکم»، ممنوعیت استعفای حاکم اسلامی است. این قبیل نگاه‌ها به دلیل غلبه اندیشه «امنیت‌گرایی» و ترس از بازگشت به امری نظیر وضع طبیعی (آشوب و هرج و مرج)، به رویکرد حرمت‌انگار و حکم‌انگاشت استعفا نظر دارند.

طرفه دیگر آنکه به نظر می‌رسد سیاق‌های نظری متعدد در فقه عامه پیرامون مسئله کناره‌گیری، در سطح قیود (از جمله ضرر بر امت) ولی درون یک مبناست، اما اختلاف قرائات در فقه امامیه، در سطح مبانی است؛ از جمله نخب (یا نصب فقیه)، ماهیت حکومت (از جمله موقوفه، امانت یا مالکیت مشاع) و.... به هر روی می‌توان نظریه حکم‌انگار را نیز به نوعی به «ماهیت حق و مقید استعفا» برگرداند. در واقع نظریه «حکم‌بودگی استعفا» به نظریه «ماهیت تقییدی حق استعفا» می‌ماند که تنها اختلاف از حیث لفظی است.

بنابراین در مجموع می‌توان حق استعفا را در ساحت فقه، حقی احتیاطی دانست که همسو با دیگر گزاره‌های فتوایی فقه است. توضیح اینکه برای اعمال این حق، ضرورت دارد حکمران به سببی برای ترک حکمروایی استناد کند. فقه به مانند یک جورچین، این ماهیت استعفا را هم‌راستا با شرایط سخت و دقیقی قرار می‌دهد که برای شخص حاکم اسلامی در نظر گرفته شده است. بر همین اساس، مقید شدن حق استعفا در فقه (از جمله به عدم اضرار به امت)، از تولید شرایط اضطراری در جوامع اسلامی که در معرفی بدیل شرعی برای حاکم مستعفی در مانده‌اند، مانع می‌شود؛ همچنان‌که از شکل‌گیری حکومت ناقص و یا انتقال اختیارات و صلاحیات تحت عنوان «ولایت عدول مؤمنان» مانع خواهد شد.

## کتاب شناسی

۱. آل بحر العلوم، سید محمد بن محمد تقی، *بلغة الفقیه*، شرح و تعلیق سید محمد تقی آل بحر العلوم، چاپ سوم، تهران، مکتبه الصادق علیه السلام، ۱۴۰۳ ق.
۲. ابن اثیر جزری، عزالدین ابوالحسن علی بن ابی الکریم محمد بن محمد بن عبدالکریم بن عبدالواحد شیبانی، *الکامل فی التاریخ*، تحقیق علی شیری، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۸ ق.
۳. ابن خلدون، عبدالرحمن بن محمد، *تاریخ العلامة ابن خلدون*، بیروت، دار الکتب البنانی، ۱۹۸۱ م.
۴. ابن فراء حنبلی، ابویعلی محمد بن حسین بن محمد بن خلف بن احمد، *کتاب المعتمد فی اصول السدین*، تحقیق ودیع زیدان حداد، بیروت، دار المشرق، ۱۹۸۶ م.
۵. انصاری، مرتضی بن محمد امین، *کتاب المکاسب*، تحقیق سید محمد کلانتر، بیروت، مؤسسه النور للمطبوعات، ۱۴۱۰ ق.
۶. برزنجی، عصام عبدالوهاب، علی محمد بدیر، و یاسین سلامی، *مبادئ واحکام القانون الاداری*، وزارة التعليم العالی، جامعة بغداد، كلية القانون، ۱۹۹۳ م.
۷. بوضیاف، محمد، «استقالة أم إقالة»، *مجلة الاهرام العربی*، ضمیمه شماره ۳۲۰، ۲۰۰۳ م.
۸. تونسلی، خیرالدین، *اقوم المسالك فی معرفة احوال الممالک*، تحقیق منصف شنوقی، تونس، الدار العربیة للکتاب، ۱۹۹۶ م.
۹. جوادی آملی، عبدالله، «جایگاه فقهی - حقوقی مجلس خبرگان» (گفتگو)، *فصلنامه حکومت اسلامی*، شماره ۸، تابستان ۱۳۷۷ ش.
۱۰. جوینی، امام الحرمین ابوالعالی، *غیاث الامم فی التیاض الظلم*، قاهره، دار الکتب المصریة، ۱۹۶۸ م.
۱۱. حسینی عاملی، سید جواد بن محمد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامة*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۱۲. حسینی همدانی، سید محمد حسین، *انوار درخشان*، تحقیق محمد باقر بهبودی، تهران، کتاب فروشی لطفی، ۱۴۰۴ ق.
۱۳. خضری بک، محمد، *الدولة العباسیة*، بیروت، مؤسسه الکتاب الثقافیة، ۲۰۰۲ م.
۱۴. زحیلی، وهبة بن مصطفى، *الفقه الاسلامی وادلته*، بیروت، دار الطلیعة للطباعة للنشر، ۱۹۹۶ م.
۱۵. سبحانی، جعفر، *مبانی حکومت اسلامی*، ترجمه داود الهامی، قم، مؤسسه علمی و فرهنگی سید الشهداء، ۱۳۷۰ ش.
۱۶. سرحان، احمد، *النظم السیاسیة و الدستوریة فی لبنان وكافة الدول العربیة*، بیروت، دار الفکر العربی، ۱۹۹۰ م.
۱۷. سلار دلملی، ابویعلی حمزة بن عبدالعزیز، *المراسم العلویة و الاحکام النبویة*، تصحیح محمود بستانی، قم، منشورات الحرمین، ۱۴۰۴ ق.
۱۸. سنهوری، عبدالرزاق احمد، *فقه الخلافة و تطورها لتصبح عصبة امم شرقیة*، تحقیق توفیق محمد شاولی و نادیه عبدالرزاق، بیروت، مؤسسه الرساله، ۲۰۰۱ م.
۱۹. صادقی تهرانی، محمد، *البلاغ فی تفسیر القرآن بالقرآن*، قم، نشر مؤلف، ۱۴۱۹ ق.
۲۰. صدوق، محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، *معانی الاخبار*، تصحیح علی اکبر غفاری، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۲۱. طاهری، ابوالقاسم، *اصول علم سیاست*، تهران، دانشگاه پیام نور، ۱۳۸۶ ش.

٢٢. طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم بن عبدالعظیم، حاشیة المکاسب، قم، اسماعیلیان، ١٣٧٨ ق.
٢٣. طبرسی، امین الاسلام ابوعلی فضل بن حسن، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، تهران، ناصر خسرو، ١٣٧٢ ش.
٢٤. طماوی، سلیمان محمد، مبادئ القانون الاداری، الكتاب الثاني، قاهره، دار الفكر العربی، ١٩٧٣ م.
٢٥. طی، محمد، الامام علیؑ و مشکلة نظام الحكم، بیروت، مرکز الغدیر للدراسات الاسلامیه، ١٩٩٧ م.
٢٦. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، حاشیه سید محمد کلاتر، قم، کتاب فروشی داوری، ١٤١٠ ق.
٢٧. همو، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسة المعارف الاسلامیه، ١٤١٣ ق.
٢٨. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین مکی، غایة المراد فی شرح نکت الارشاد، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ١٤١٤ ق.
٢٩. عبودی، محسن محمد، رئیس الدولة بین النظم المعاصرة و الفكر السياسي الاسلامی، قاهره، دار النهضة العربیه، ١٩٩٠.
٣٠. عروسی حویزی، عبد علی بن جمعه، تفسیر نور الثقلین، تحقیق سیدهاشم رسولی محلاتی، چاپ چهارم، قم، اسماعیلیان، ١٤١٥ ق.
٣١. علامه حلی، ابومنصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه، قم، مؤسسه امام صادقؑ، ١٤٢٠ ق.
٣٢. همو، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ١٤١٣ ق.
٣٣. عینی، محمود احمد، عمدة القاری فی شرح صحیح البخاری، بیروت، دار الآفاق، بیروت، بی تا.
٣٤. غروی اصفهانی (کمپانی)، محمد حسین، الاجاره، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ١٤٠٩ ق.
٣٥. همو، حاشیة المکاسب، تحقیق شیخ عباس محمد آل سباع قطیفی، قم، المطبعة العلمیه، ١٤١٨ ق.
٣٦. غروی نائینی، محمد حسین، تنبیه الامة و تنزیه المله، تصحیح سید جواد ورعی، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ١٤٢٤ ق.
٣٧. غزال، اسماعیل، اللساتیر و المؤسسات السياسیه، بیروت، مؤسسة عزالدین للطباعة و النشر، ١٩٩٦ م.
٣٨. قرطبی، ابو عبد الله محمد بن احمد بن ابی بکر، الجامع الاحکام القرآن، چاپ دوم، قاهره، دار الکتب المصریه، ١٩٣٣ م.
٣٩. قلقشندی، احمد بن علی، مآثر الائمة فی معالم الخلافه، تحقیق عبدالستار احمد فزاج، کویت، وزارة الارشاد و الانباء، ١٩٦٣ م.
٤٠. ماوردی، ابوالحسن علی بن محمد بن حبیب، الاحکام السلطانية و الولايات الدینیة، بغداد، بی تا، ١٩٨٩ م.
٤١. مجلسی دوم، محمد باقر بن محمد تقی، مرآة العقول فی شرح اخبار آل الرسول، تحقیق سیدهاشم رسولی محلاتی، چاپ دوم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ١٤٠٤ ق.
٤٢. محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ١٤٠٨ ق.
٤٣. مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری بغدادی، الجمل، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ١٤١٣ ق.
٤٤. همو، المقنعه، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ١٤١٣ ق.
٤٥. مکارم شیرازی، ناصر، تفسیر نمونه، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ١٣٧٤ ش.
٤٦. منتظری، حسینعلی، دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الاسلامیه، قم، مرکز العالمی للدراسات الاسلامیه، ١٤٠٨ ق.

٤٧. منصور، شاب توما، *القانون الاداري: دراسة مقارنة*، الكتاب الثاني، ١٩٨٠ م.
٤٨. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم، *فقه القضاء*، چاپ دوم، قم، بی تا، ١٤٢٣ ق.
٤٩. موسوی خمینی، سیدروح الله، *تحریر الوسیله*، قم، دار العلم، بی تا. (الف)
٥٠. همو، ولایت فقیه، چاپ دوازدهم، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ١٤٢٣ ق.
٥١. موسوی خمینی، سیدمصطفی، *ولایت الفقیه*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، بی تا. (ب)
٥٢. موسوی گلپایگانی، سیدمحمدرضا، *مجمع المسائل*، تصحیح علی کریمی جهرمی و دیگران، چاپ دوم، قم، دار القرآن الکریم، ١٤٠٩ ق.
٥٣. نادى، فؤاد محمد، *رئيس الدولة فى الشريعة الاسلامية و النظم الدستورية المعاصرة*، اسکندریه، منشأة المعارف، بی تا.
٥٤. ناصف، عبدالله ابراهیم، «مدى توازن السلطة السياسية مع المسؤولية فى الدولة الحديثة»، *موسوعة الفقه و القضاء*، ج ٥١، بیروت، الدار العربیة للموسوعات، ١٩٨٠ م.
٥٥. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فى شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ١٤٠٤ ق.
٥٦. وصفی، مصطفی کمال، *النظام الدستوری فى الاسلام مقارناً بالنظم العصریه*، قاهره، مکتبه وهبه، مطبعة الامانه، ١٩٧٤ م.
57. Duverger, Maurice, *Institutions politiques et droit Constitutionnel*, Paris, Publications de l'université de Saint-Etienne, 2016.

## بررسی فقهی

# ماهیت قرارداد اشتراک تلفن ثابت پس پرداخت\*

- محمد قنبرزاده<sup>۱</sup>
- علی اکبر ایزدی فرد<sup>۲</sup>
- سعید ابراهیمی<sup>۳</sup>

### چکیده

قرارداد اشتراک تلفن، مهم‌ترین قرارداد بین مشترک و شرکت‌های مخابراتی در راستای دریافت خدمات ارتباطی می‌باشد که امروزه نقش مهمی در زندگی بشر دارد.

در این پژوهش که به روش تحلیلی - توصیفی نگاشته شده است، ماهیت قدیمی‌ترین و در عین حال مهم‌ترین و رایج‌ترین قرارداد مشتریان با مخابرات، یعنی قرارداد اشتراک تلفن ثابت پس پرداخت مورد بررسی قرار می‌گیرد. بر این اساس با تحلیل مفاد این قرارداد، نحوه ارتباط مشتری با مخابرات و تخصیص تجهیزات مخابراتی به آن و نحوه محاسبه هزینه‌های مترتب بر این قرارداد، نظراتی

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۹/۶ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۷/۹.

۱. دانشجوی دکتری الهیات دانشگاه مازندران (نویسنده مسئول) (m.ghanbarzade@tci.ir).

۲. استاد دانشگاه مازندران (ali85akbar@yahoo.com).

۳. استادیار دانشگاه مازندران (saeblaw2000@yahoo.com).

که قرارداد اشتراک را منحصراً عقد اجاره یا بیع می‌دانند، مورد بررسی و چالش واقع شده و نظریه عقد مرکب در تبیین ماهیت این قرارداد مورد پذیرش قرار گرفته است. در تبیین کیفیت و ماهیت عقد مرکب نیز ضمن پذیرش قول روایی بیع حقوق و منافع و طرح مسئله عدم کفایت علم اجمالی به عوضین برای رفع شبهه غرر در بیع منافع، برای حل مشکل ابهام در عوضین در بخش هزینه‌های غیر ثابت این قرارداد (مندرج در قبوض ادواری)، عنوان عقد صلح، پیشنهاد و مورد پذیرش قرار می‌گیرد. نهایتاً نظریه مختار این پژوهش برای ماهیت قرارداد اشتراک تلفن پس‌پرداخت، عقدی مرکب از بیع حق اشتراک، بیع حق اتصال مستمر و صلح بر منافع می‌باشد.

**واژگان کلیدی:** اشتراک تلفن، قرارداد، آبونمان، مخابرات، ارتباطات، بیع، اجاره.

## ۱. طرح مسئله و ضرورت آن

امروزه مخابرات به عنوان یکی از صنایع پیشرو، نقش مهمی در زندگی بشر ایفا می‌کند. رد پای این صنعت را در فردی‌ترین روابط تا اجتماعی‌ترین مناسبات بین انسان‌ها می‌توان مشاهده نمود. امروز شاید هیچ صنعت و یا فناوری را نتوان یافت که به نوعی به صنعت ارتباطات و اطلاعات وابسته نباشد. بشر با یک حرکت هیجان‌زده و پرشتاب، پاسخ به کلیه نیازهای خود در عرصه‌های مختلف علمی، فناوری، آموزشی، اقتصادی و حتی سیاسی و اجتماعی را به شکل شگفت‌انگیزی با این فناوری گره زده است. توسعه آموزش‌های مجازی،<sup>۱</sup> ارائه خدمات دستگاه‌های دولتی و نهادهای عمومی در بستر الکترونیک،<sup>۲</sup> فعالیت‌های اقتصادی بر بستر فضای مجازی یا تجارت الکترونیک<sup>۳</sup> و حتی وابستگی بخش‌هایی از رویه‌های اجرایی در نظامات سیاسی همچون برگزاری انتخابات به فناوری ارتباطات و مخابرات،<sup>۴</sup> تنها نمونه‌هایی از تعلق شدید بشر به این فناوری در دنیای امروز است. گستردگی دایره شمول و نقش‌آفرینی

1. E-learning.
2. E-government.
3. E-commerce.
4. E-voting.

مؤثر الگوهای حاکم بر این صنعت، ورود جدی و اجتهادی به آن‌ها از منظر فقه امامیه را بیش از پیش می‌طلبد.

در تحلیل ماهیت قراردادهای مخابراتی باید به این نکته توجه داشت که ماهیت قرارداد تلفن با قراردادهای خدماتی مشابه، همچون آب و برق و گاز متفاوت است. آنچه که در اشتراک تلفن اتفاق می‌افتد، تخصیص تجهیزات خاص یا بخشی از تجهیزات عمده در نزد مخابرات برای بهره‌برداری مشترک از آن است. منفعتی که از این ناحیه، نصیب مشترک می‌شود، ارتباط مطلوب است، اما در خدمات ارائه‌شده توسط شرکت‌های آب، برق و گاز، امکاناتی به صورت مشاع جهت بهره‌برداری مشتریان ارائه می‌شود. عدم مصرف هر مشترک به نوعی به منزله آزادسازی بخشی از ظرفیت قابل اشغال توسط وی به نفع دیگر مشتریان است و از این روست که همواره این سازمان‌ها بر صرفه‌جویی در مصرف تأکید دارند؛ چرا که صرفه‌جویی، منجر به ایجاد امکان بهره‌گیری مشتریان جدید علی‌رغم ثبات ظرفیت کلی خواهد شد، فلذا محدودیت در عقد قرارداد جدید با متقاضیان در این قراردادها را نتایج محاسبات فنی، با فرض استفاده میانگین مشتریان از ظرفیت‌های احداثی مشاع (مانند مخازن آب یا پست‌های فشار قوی و ضعیف برق) مشخص می‌نماید. در مخابرات وضعیت متفاوت است. با پذیرش هر مشتری، حجم مشخصی از تجهیزات فنی در مسیر انتقال و سوییچ به مشترک اختصاص می‌یابد و در صورت تکمیل ظرفیت، تنها در صورت ارتقاء ظرفیت تجهیزات، امکان جذب مشترک جدید وجود خواهد داشت. به عبارت دیگر، تا آنجا که به مراکز پایین‌دستی (شهری و محلی) مرتبط است، عدم استفاده مشترک از امکانات اختصاص‌یافته، هیچ منفعتی برای مشترکان دیگر از نظر آزادسازی منابع، و برای شرکت ارائه‌دهنده خدمات از نظر جذب مشترک جدید، به همراه نخواهد داشت. به همین دلیل، اصرار بر صرفه‌جویی در این حوزه بی‌معناست و برعکس اپراتورهای مخابراتی برای کسب درآمد بیشتر، بهره‌گیری افزون‌تر از تجهیزات نصب‌شده و در نهایت تأمین توجیه اقتصادی سرمایه‌گذاری انجام گرفته، با طرح‌های مختلف، مشترکان را به استمتاع بیشتر از امکانات تخصیص‌یافته ترغیب می‌کنند و عدم استفاده مطلوب مشتریان، به منزله ایراد خسارت ضمنی بر مخابرات تلقی می‌شود. لذا تبعات مالی

مترتب بر قراردادهای اشتراک مخابراتی نسبت به قراردادهای مشابه در خدمات دیگر بیشتر است. از این رو، مقایسه قرارداد اشتراک تلفن ثابت با دیگر قراردادهای اشتراک خدمات، قیاسی مع الفارق خواهد بود.

با این مقدمات، اهمیت تبیین ماهیت و آثار قرارداد اشتراک مخابراتی روشن می‌شود. تبیین این موضوع و تحلیل آن، به شفاف‌سازی مناسبات بین شرکت‌های مخابراتی و مشتریان خواهد انجامید و به ویژه در جانب مشتریان، در راستای پاسداشت حقوق شهروندی ارزیابی می‌گردد.

بر اساس قرارداد اشتراک تلفن، متقاضیان درخواست برقراری ارتباط بر بستر سیستم‌های مخابراتی، مشترک این صنعت قلمداد شده و از آن پس امکان بهره‌برداری از سرویس‌های مختلف همچون انتقال صدا،<sup>۱</sup> پیام<sup>۲</sup> و داده<sup>۳</sup> را خواهند داشت. در حقیقت این قرارداد، قرارداد اصلی در این صنعت است که قراردادهای دیگر همچون برخورداری از سرویس اینترنت، در مقابل آن به عنوان قرارداد فرعی قلمداد می‌گردند. فلذا پرداختن به ماهیت آن نسبت به دیگر قراردادهای صنعت مخابرات، حائز اولویت و اهمیتی مضاعف خواهد بود.

در تحلیل ماهوی قرارداد فوق، مناقشاتی قابل طرح است. برخی قائل به ماهیت ترکیبی اجاره اشخاص و اشیاء شده و دسته‌ای دیگر، نظریه بیع حق و منفعت را مطرح نموده‌اند. دقت در خصوصیات و ماهیت موضوع قرارداد، شرایط اساسی عوضین و مفاد این قرارداد، امکان تطبیق قرارداد اشتراک تلفن با نظریات مورد اشاره را با ایراد و دشواری مواجه می‌سازد. عدم تطبیق شرایط عقد اجاره با برخی خصوصیات قرارداد و نیز ابهام در عوضین به ویژه در بخش غیر ثابت هزینه‌ها و القاء شبهه غرری بودن معامله، دو نظریه اجاره و بیع را مورد چالش قرار می‌دهد. این پژوهش در صدد واکاوی و تحلیل فقهی ماهیت این قرارداد و تبیین قالب مناسب آن است.

1. Voice.
2. Message.
3. Data.



## ۲. مفهوم‌شناسی

قرارداد اشتراک تلفن بر حسب نوع ارتباط تلفن، به قراردادهای اشتراک «تلفن ثابت» و «تلفن همراه»، و بر حسب روش پرداخت هزینه، به قراردادهای اشتراک تلفن «پس‌پرداخت»<sup>۱</sup> و «پیش‌پرداخت»<sup>۲</sup> تقسیم می‌شود. مشترک پس‌پرداخت، به مشترکی اطلاق می‌شود که ضمن دریافت سرویس درخواستی، صورتحساب مربوطه را در بازه زمانی مشخص از اپراتور دریافت و به وی پرداخت می‌کند. به عبارت دیگر، پرداخت مبلغ مترتب بر سرویس ارائه‌شده، متأخر بر دریافت سرویس است. در نقطه مقابل، مشترکان پیش‌پرداخت قرار دارند که برای استفاده از سرویس، ابتدا باید وجه مترتب بر آن را پرداخت کنند و سپس از آن بهره گیرند.

طبیعتاً قراردادهای مشترکان پیش‌پرداخت و پس‌پرداخت، حداقل در حوزه تعهدات مالی طرفین متفاوت است و علی‌القاعده در خصوص مشترکان پس‌پرداخت، تضامین و تعهدات مربوطه موثق‌تر و جدی‌تر خواهند بود. به همین علت و نیز به دلیل اینکه قرارداد اشتراک تلفن ثابت پس‌پرداخت، مهم‌ترین، قدیمی‌ترین و رایج‌ترین قرارداد اشتراک تلفن قلمداد می‌گردد، این پژوهش به واکاوی ماهیت آن می‌پردازد.

## ۳. بررسی ماهیت قرارداد اشتراک تلفن پس‌پرداخت

### ۳-۱. مروری بر مفاد قرارداد

قرارداد اشتراک تلفن، در فرم‌های از پیش چاپ‌شده و حسب درخواست متقاضیان در مراکز ارائه خدمات مشتریان یا در وبگاه رسمی اپراتورها عرضه می‌شود. در قرارداد اشتراک تلفن ثابت پس‌پرداخت، بدون هیچ اشاره‌ای به عناوین حقوقی خاص (مالک، بایع، مشتری، موجر و...) مشخصات طرفین قرارداد درج شده است. از آنجا که فعلاً در کشور ما، ارائه خدمات تلفن ثابت منحصراً توسط شرکت مخابرات ایران صورت می‌گیرد، طرف اول در قرارداد تلفن ثابت صرفاً شرکت مخابرات ایران است. طرف دوم

1. Postpaid.

2. Prepaid.

نیز افراد حقیقی یا حقوقی هستند که به آن‌ها «مشترک» گفته می‌شود.

در ماده ۲ قرارداد نیز به موضوع قرارداد اشاره شده است:

«موضوع قرارداد عبارت است از ایجاد اتصال به شبکه تلفن ثابت شرکت به منظور استفاده مشترک برای برقراری تماس تلفنی با مشتریان شبکه‌های تلفنی و استفاده از کلیه خدمات تلفن ثابت (سرویس‌های موجود و یا آنچه در آینده بر بستر این شبکه ارتباطی ارائه خواهد شد)، مطابق با ضوابط و مقررات و تعرفه‌های مصوب شرکت در چارچوب مصوبات کمیسیون [تنظیم مقررات ارتباطات] خواهد بود».

مدت قرارداد نیز از زمان امضای طرفین آغاز می‌شود و تا ارائه درخواست رسمی انصراف مشترک از دریافت خدمات و یا وقوع مواردی که بر اساس مفاد قرارداد، موجب فسخ قرارداد می‌شود، ادامه می‌یابد.

در ماده ۴، مبلغ قرارداد به دو قسمت تقسیم شده است: ۱. هزینه اتصال؛ ۲. مبلغ صورتحساب شامل آبونمان و هزینه استفاده از خدمات موضوع قرارداد.

ماده ۱۱ قرارداد به موارد فسخ قرارداد اشاره دارد. فسخ، هم با درخواست مشترک و هم از سوی شرکت ممکن است. در مورد دوم، صرفاً در صورت عدم پرداخت بدهی توسط مشترک و یا عدم رعایت شرایط فنی و امنیتی مذکور در قرارداد، مانند سوءاستفاده از امکانات مخابراتی، شرکت می‌تواند رأساً اقدام به فسخ نماید. البته در هر صورت، مشترک تا زمان فسخ، موظف به پرداخت آخرین صورتحساب خود خواهد بود.

### ۲-۳. بررسی کلی مفاد قرارداد

اگرچه فارغ از مصادیق، تعریف خاصی برای «عقد» در کتب فقهی بیان نشده است، اما می‌توان قدر جامع تعاریف در عقود مختلف را برای تعریف آن ارائه داد و عبارت زیر را تعریف مناسبی برای عقد برشمرد:

«توافق دو اراده برای ایجاد اثر قانونی و مشروع در مورد انشاء از قبیل ایجاد، نقل، تعدیل، تبدیل تعهد یا امثال آن» (زحیلی، ۱۴۰۹: ۸۱/۴).

در نقطه مقابل عقد، ایقاع قرار دارد که «اثر حقوقی ناشی از اعمال اراده یا انشاء مطلق توسط یک فرد» تعریف می‌شود. وجود چند اراده، چند نفع متقابل و تراضی

آن‌ها در انشاء، از وجوه ممیزه عقد نسبت به ایقاع است (علی‌آبادی، ۱۳۹۲: ۳۹). بدیهی است که با توجه به حضور طرفین در قرارداد اشتراک تلفن و تراضی و تعهدات متقابل، این قرارداد را نمی‌توان ایقاع دانست.

از سوی دیگر با توجه به مفاد و سازوکارهای انعقاد این قرارداد، نمی‌توان عنوان «شبه عقد» را به آن نسبت داد. شبه عقد که از آن به عنوان توافق ضمنی نیز یاد می‌شود، عمل ارادی مشروعی است که بدون انعقاد قرارداد خاص، منجر به تعهد در مقابل غیر می‌گردد. استیفاء یکی از مصادیق شبه عقد است (امامی، بی‌تا: ۱۲۸)؛ در حالی که در مانحن‌فیه، مشخصاً قرارداد خاصی بین مشتری و مخابرات منعقد می‌شود و نمی‌توان آن را به عنوان توافقی ضمنی یا توافقی بدون قرارداد مدون بین طرفین قلمداد کرد.

از سوی دیگر، از آنجا که در قراردادهای معین در فقه، عقدی با نام «اشتراک» وجود ندارد، بدیهی است که باید کوشید تا این قرارداد را با یکی از عقود معین تطبیق داد و یا طبق عمومات و قواعدی چون «المؤمنون عند شروطهم»، اصل آزادی قراردادها و لزوم وفای به عهدها، به طور خاص این نوع قرارداد و شرایط و آثار آن را بررسی نمود.

در اینجا اشاره به این نکته خالی از وجه نیست که اصل اولیه در بررسی عقود و ایقاعات، صحت آن‌هاست. در حقیقت اصل صحت عقود، مستند به عمومات لفظی چون «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «المؤمنون عند شروطهم» است که بر اصولی چون اصل عدم نقل و انتقال یا استصحاب عدم ارتباط - که قبل از انعقاد عقد قدر متیقن بوده است - مقدم‌اند (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۹۲/۱).

نکته دیگر اینکه در متن قرارداد، موضوع آن صرفاً ایجاد اتصال برای برقراری تماس عنوان شده و به نگهداری این ارتباط و برخط بودن دائمی اتصال ایجادشده، اشاره‌ای نشده است. این در حالی است که پس از ایجاد اتصال، بخش مهمی از انتظارات مشترکان و طبعاً تکلیف و مسئولیت اپراتور، به نگهداری این اتصال و زنده بودن آن معطوف می‌شود.

چنانچه موضوع قرارداد را صرفاً ایجاد اتصال جهت برقراری تماس بدانیم، مدت لایتناهی تا تقاضای فسخ و یا بروز موجبات فسخ - که در ماده مربوط به مدت قرارداد

بدان اشاره شده است. بی معنا خواهد بود؛ چرا که اتصال در همان ساعات اولیه تقاضا فراهم شده است و در حقیقت موضوع قرارداد انجام و پایان یافته است و آنچه که پس از آن اتفاق می‌افتد، نه ایجاد اتصال، بلکه استمرار اتصال می‌باشد؛ مگر اینکه اتصال مستمر را حقیقتی مرکب از اجزاء لحظه‌ای بدانیم که هر کدام در هر لحظه، مفهوم «ایجاد اتصال» را تداعی نمایند.

مبلغ قرارداد از دو قسمت تشکیل شده است: ۱. هزینه اتصال؛ ۲. مبلغ صورتحساب شامل آبونمان و هزینه استفاده از خدمات موضوع قرارداد.

از آنجا که موضوع قرارداد، ایجاد اتصال بوده است، می‌توان بخش اول مبلغ قرارداد، یعنی هزینه برقراری اتصال را متعلق به موضوع قرارداد تلقی نمود، اما نسبت بخش دوم هزینه با قرارداد مبهم است. بخش دوم هزینه که تحت عنوان کلی صورتحساب به آن اشاره شده و معمولاً طی قبوض ادواری (ماهانه، دو ماهانه یا...) به مشترک ارائه می‌شود، شامل دو بخش است: «آبونمان» و «هزینه استفاده از خدمات موضوع قرارداد». فی‌الجمله در خصوص بخش دوم صورتحساب باید گفت ابهام و لکنتی که در بیان موضوع قرارداد رخ داده، در شرح هزینه نیز دامنگیر آن شده است.

تعدد هزینه‌های مترتب بر قرارداد به شرح فوق، این نظریه را قوت می‌بخشد که حتی اگر قائل به امکان تطبیق قرارداد فوق با یکی از عناوین عقود معین باشیم، نمی‌توانیم آن را تحت یک عنوان بگنجانیم. به دیگر سخن، عقد فوق با فرض عقد بودن، عقدی مرکب خواهد بود. عقد مرکب، عقدی است که از امتزاج و اختلاط عقود متعدد و مختلفی که استقلال خویش را از دست داده‌اند و جمعاً ماهیت واحدی را تشکیل می‌دهند، حاصل شده است (خورسندیان و شنیور، ۱۳۹۰: ۸۷). برخی عقد مرکب را مجموعه‌ای از عقود به هم مرتبط دانسته‌اند که ماهیت اصلی آن، منطبق با ماهیت تعهد اصلی است و سایر تعهدات، فرع و شرط و قید عقد اصلی محسوب می‌شوند (جوهری، بی‌تا: ۸۶/۲).

حال با عنایت به مقدمات بیان‌شده، به احتمالات قابل ذکر در خصوص ماهیت عقد اشتراک تلفن پس‌پرداخت می‌پردازیم:

### ۳-۳. نظریه اجاره

عقد اجاره را به تملیک منفعت معلوم در قبال عوض معلوم تعریف کرده (طباطبایی کربلایی، ۱۴۱۸: ۷/۱۰؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۵/۱۹) و فهم عرفی از مفهوم اجاره را به این تعریف نسبت داده‌اند (طباطبایی قمی، ۱۴۲۳: ۵). البته از نظر برخی فقها تملیک منفعت، ثمره عقد اجاره است (علامه حلی، ۱۴۱۳ الف: ۲۸۱/۲؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۴۰/۲) و وظیفه موجر، تنها تسلیم مورد اجاره یا تسلیط وی بر آن می‌باشد؛ چرا که در برخی موارد، کل منافع عین مستأجره موجود نیست تا به تملیک طرف مقابل درآید. برخی دیگر نیز اجاره را تشریحی برای نقل منفعت به فرد مقابل در مقابل عوض می‌دانند؛ ولو این نقل، حکمی باشد (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۷۳/۲۷).

### ۳-۳-۱. مدل سازی بحث

در برخی از متون، قرارداد اشتراک تلفن، عقدی مرکب از دو قرارداد اجاره اشیاء و اجاره اشخاص دانسته شده است. اجاره اشیاء به نسبت ابزار و لوازمی که مشترک به منظور اشتراک از آن‌ها بهره‌مند می‌شود و اجاره اشخاص به نسبت عمل کارکنان مخابرات در نصب و نگهداری دستگاه‌ها. با وجود این، در این قرارداد عنصر عمل برتری دارد و قرارداد، اجاره اشخاص تحلیل می‌شود (سنهوری، ۲۰۰۹: ۱۷۰/۱).

بیان شد که قرارداد اشتراک تلفن دارای سه سرفصل هزینه‌ای است: هزینه‌ای که بابت اتصال پرداخت می‌شود، هزینه آبونمان و هزینه استفاده از خدمات (که با تساهل، آن را هزینه مصرفی ارتباط می‌نامند).

پس از انعقاد قرارداد اشتراک، آنچه در راستای اتصال یک مشترک به سیستم مخابراتی جهت بهره‌برداری از آن اتفاق می‌افتد، بدین قرار است: بخشی از تجهیزات مخابراتی به مشترک اختصاص می‌یابد، بدون اینکه عین تجهیزات به وی تحویل شود. این تجهیزات از سامانه‌های مربوط به انتقال و دسترسی به شبکه مخابراتی آغاز و در انتها پس از پیاده‌سازی اتصال در مرکز سویچ به نقطه‌ای فیزیکی بر روی کارت خاصی در سیستم سویچ مراکز ختم می‌شود. از دیگر سو، برای برقراری ارتباط راه دور نیز بخشی از تجهیزات مراکز بالادستی (اعم از مراکز سویچ و انتقال) به گونه‌ای در اختیار

مشترک قرار می‌گیرد که وی به صورت اشتراکی با مناسبات و تعریفات فنی پیچیده خاص خود، از حق استفاده از تجهیزات مخابراتی برای نیل به هدف برقراری ارتباط راه دور و بین‌الملل برخوردار گردد.

نظریه‌ای که قرارداد اشتراک را اجاره می‌داند، باید بدین ترتیب مدل‌سازی گردد: هزینه اتصال: بابت اجاره اشخاص (کارکنان مخابرات یا کارکنان شرکت‌های پیمانکار طرف قرارداد با مخابرات) جهت برقراری اتصال فیزیکی مشترک به شبکه مخابراتی.

آبونمان و هزینه کارکرد: از آنجا که «آبونمان» عنوان مستقلی است که در برخی از خدمات دیگر نیز کاربرد دارد، نیاز به دقت و توجه خاص دارد:

### ۲-۳-۳. آبونمان

برای آبونمان تعاریف مختلفی ذکر شده است:

- «قراردادی است که به موجب آن، چیزی که موضوع آن است به طور مستمر و یا به صورت متناوب، در مدتی معلوم یا نامعلوم، در برابر قیمتی که معلوم است، مبادله می‌شود. همچون اشتراک در روزنامه، برق، گاز، آب، تلفن. به مالی که پرداخت می‌شود، وجه اشتراک می‌گویند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵: ۴/۱).

- «آبونمان از عناوین مستحدثه است و می‌توان برخی از مصادیق آن مانند اشتراک روزنامه‌ها و مجلات را با بیع سلف و برخی دیگر مانند اشتراک آب، برق، گاز یا تلفن را با اباحه معوضه تطبیق نمود» (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶: ۱۰۰/۱؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۴: ۲۳۳).

همان گونه که در طرح مسئله ذکر شد، قرارداد اشتراک تلفن با دیگر قراردادهای مشابه سازمان‌های خدماتی تفاوت ماهوی دارد. فلذا به نظر می‌رسد نشان دادن خدمات آب و برق و گاز در کنار خدمات تلفن، قیاسی مع‌الفارق باشد.

سنه‌وری، حقوق‌دان برجسته مصری نیز آنجا که به نظریه تطبیق اشتراک تلفن با عقد اجاره اصرار می‌ورزد، به تفاوت اشتراک تلفن با اشتراک آب و برق و گاز از جنبه تجدیدنپذیری مواد مصرفی در آب و برق، و عدم این حالت در قرارداد اشتراک تلفن اشاره می‌کند (سنه‌وری، ۲۰۰۹: ۷/۱ و ۱۰). البته وی در این فراز از کتاب خود، هیچ

اشاره‌ای به مقوله آبونمان نمی‌کند.

شاید نظر به همین تفاوت بود که قبلاً در قبوض تلفن ثابت، حتی برای مشتریان فاقد کارکرد، مبلغی را به عنوان حداقل کارکرد درج می‌کردند تا بخشی از هزینه ناشی از اختصاص امکانات به مشترک را بدین ترتیب جبران نمایند. بعدها البته سازمان تنظیم مقررات و ارتباطات رادیویی، با حذف این مبلغ، به مخابرات اجازه داد که مبلغی را ماهیانه تحت عنوان آبونمان از مشترکان دریافت دارد. این مبلغ ضمن اینکه تابع مکان جغرافیایی ارائه خدمت به مشتریان (شهر یا روستا) است، از دو قسمت تشکیل شده که قسمت متغیر آن با مقدار کارکرد مشترک نسبت مستقیم دارد.

به نظر می‌رسد اگر الگوی تطبیق قرارداد اشتراک تلفن با اجاره را بپذیریم، آبونمان را باید نوعی «اجاره اعیان» بدانیم. این عنوان با توضیحات پیش گفته در مورد تخصیص امکانات فیزیکی خاص به یک مشترک همخوانی دارد. هزینه کارکرد را نیز مطابق این الگو، می‌توان اجاره اعیان و یا اجاره اشخاص برای نگهداری اتصال برخط مشترک به شبکه مخابراتی تلقی نمود.

### ۳-۳-۳. نقد نظریه اجاره

#### ۳-۳-۳-۱. ابهام در عوضین

یکی از مسائلی که با فرض قبول نظریه اجاره بروز خواهد کرد، بحث متغیر بودن آبونمان و نسبت آن با مصرف است. همین اشکال در خصوص هزینه کارکرد نیز ظاهر می‌شود. توضیح اینکه یکی از شرایط اجاره، معلوم بودن عوضین است. منفعتی که مشترک از این اجاره می‌برد، تابع مقصد و مدت مکالمه است. بر این اساس، اجرتی که مشترک برای این اجاره فرضی می‌دهد، خواه هزینه کارکرد را اجرت بهره‌گیری از منافع تجهیزات مخابراتی بدانیم (اجاره اعیان) و خواه آن را اجرت کارمندان مخابرات برای برقراری و استمرار اتصال ایجادشده تلقی کنیم (اجاره اشخاص)، مبهم و شناور است. به دیگر سخن، چون در زمان انعقاد قرارداد، میزان استفاده طرف مقابل از منافع به طور دقیق مشخص نیست، عوض مترتب بر این اجاره معلوم نیست و در نتیجه می‌توان ادعا نمود که چنین معامله‌ای مشتمل بر غرر خواهد بود و عمومات ادله نهی از

غرر، شامل آن می‌گردد.

### ۳-۳-۲. ابهام در مدت و نظریه اباحه معوضه

عقد اجاره، عقدی موقت و زمان‌دار است و عدم قید مدت در اجاره، مبطل آن خواهد بود (امیری قائم‌مقامی، ۱۳۵۰: ۱۳؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۱۹/۴۸)؛ در حالی که در قرارداد اشتراک تلفن، پایان قرارداد به درخواست انصراف از سوی مشترک یا بروز موجبات فسخ از جانب وی موکول گردیده و بدیهی است که در صورت عدم بروز این شروط، عملاً قرارداد اشتراک، قراردادی دائمی تلقی می‌گردد که این، با خصوصیات عقد اجاره منافات دارد. ضمن اینکه ابهام در مدت، منجر به ابهام در عوضین نیز خواهد گردید.

در حالتی که ابهام اجاره، ناشی از ابهام در مدت قرارداد است، برخی فقها با طرح عنوان «اباحه معوضه» در صدد علاج آن برآمده‌اند. سیدمحمدصادق روحانی در کتاب *فقه الصادق علیّه السلام* به این موضوع اشاره نموده و در کتاب دیگر خود، از آبونمان به عنوان عقد اباحه معوضه یاد نموده است (حسینی روحانی، ۱۴۱۴: ۲۳۳)، اگرچه مصادیقی که از آبونمان ذکر کرده است، با آبونمان در بحث ما متفاوت است. البته از منظر ایشان، اباحه معوضه، نه تملیک عین، نه تملیک منافع، نه تملیک انتفاع و نه صلح است، بلکه صرفاً اباحه تکلیفی برای تصرف و رفع منع تصرف و عقدی مستقل است. وی در استدلال بر صحت چنین عقدی، به آیه کریمه «تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» و حدیث «الناس مسلطون علی أموالهم» تمسک کرده است (همو، ۱۴۱۲: ۱۹/۵۴-۵۲) که به ترتیب مبنای اصل آزادی قراردادها و قاعده تسلیط شمرده می‌شوند.

باید گفت که حتی اگر اباحه معوضه را عقدی مستقل بدانیم، اشکال مجهول بودن مقدار عوض یا وجود غرر در معامله به قوت خود باقی است. بنابراین تنها می‌توان اباحه را به مفهوم اذن مالکانه دانست نه عقدی مستقل (ارسطا، ۱۳۸۳: ۲/۵۹).

ابهام در مدت اجاره به دو حالت قابل تصور است؛ یا اساساً هیچ گونه اشاره‌ای به تعیین مدت اجاره نشده و از عرف نیز نمی‌توان اراده طرفین را استخراج کرد که چنین اجاره‌ای بی‌شک باطل خواهد بود و یا علی‌رغم عدم ذکر مدت اجاره، مال الاجاره به



ازای یک دوره زمانی معین، مثلاً ماهانه یا سالانه مشخص شده است؛ اما چون مستأجر نمی‌داند که چه مقدار از آن استفاده می‌کند، ابهام بر عوضین سایه افکنده است.

در مورد صحت حالت اخیر، ۴ نظریه وجود دارد: صحت اجاره مطلقاً (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۳/۱۹)؛ بطلان اجاره مطلقاً (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۷/۲۳۵)؛ صحت نسبت به کمترین مدت تعیین شده، مثلاً یک ماه و بطلان در زاید آن؛ تفصیل و قول به صحت در صورت اعلام اجرت دوره حداقل و اعلام اینکه زیادت از آن بر همین اساس محاسبه خواهد شد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹: ۱۷/۵).

از آنجا که در آبونمان تلفن، تعرفه ماهیانه آبونمان با جدول خاص خود توسط سازمان تنظیم مقررات ارتباطات اعلام گردیده است، بر این اساس می‌توان این آبونمان را عقد اجاره دانست و منطبق بر نظرات اول و چهارم (البته با کمی تساهل) قائل به صحت آن نیز بود. اما مشکل ابهام همچنان در بخش سوم هزینه‌های دریافتی از مشترکان، یعنی مبلغ کارکرد و نیز بخش متغیر آبونمان به قوت خود باقی است. بنابراین نمی‌توان آن گونه که برخی بیان داشته‌اند، عقد اشتراک -بما هو مجموع- را اجاره دانست.

### ۳-۳-۳. نقد نظریه غلبه اجاره اشخاص

قائلان به نظریه اجاره بودن قرارداد اشتراک، بر اساس قاعده‌ای که در عقود مرکب بدان معتقدند، این عقد را به دلیل وجه غالب آن، عقد اجاره اشخاص دانسته و اجاره اشیاء را به عنوان شرط فرعی ضمن آن معرفی نموده‌اند (سنه‌وری، ۲۰۰۹: ۱۷۰/۱).

در این باره نیز ملاحظات و وجود دارد:

اولاً، در مانحن‌فیه ابهام در اجاره اشخاص، بیش از ابهام در اجاره اعیان حضور دارد؛ چرا که نحوه محاسبه و مقدار اجرت اشخاص (کارمندان مخابرات) و نسبت آن با قرارداد منعقد مبهوم است.

ثانیاً، با تخصیص امکانات مشخص فیزیکی فنی به مشترکان در صنعت مخابرات و تلقی تملک این امکانات که در قالب تملک تلفن در افکار عمومی جا افتاده است، ادعای غلبه وجه اجاره اشخاص بر وجه اجاره اشیاء در قرارداد اشتراک تلفن، قابل تأمل است!

ثالثاً، در عقد اجاره، هر چیزی که منفعت بردن از عین، متوقف بر آن است، بر عهده موجر است (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۴۹/۲). بر این اساس می‌توان گفت عمده هزینه‌ای که بابت نگهداری تجهیزات مخبراتی توسط مخبرات انجام می‌گیرد، اعم از هزینه نیروی انسانی نگهدار یا توسعه‌دهنده یا لجستیک و پشتیبان و نیز هزینه تعمیرات و برخط نگهداشتن سیستم، که منجر به برقراری امکان انتفاع از سیستم‌های مخبراتی توسط مشترک می‌گردد، علی‌القاعده باید بر عهده مخبرات باشد، در حالی که همه این موارد در قالب هزینه کارکرد، از مشترک گرفته می‌شود.

رابعاً، از همه مهم‌تر اینکه هیچ رابطه منضبط و بسامانی بین آنچه که به عنوان کارکرد مشترک محاسبه می‌شود و هزینه واقعی نگهداری وجود ندارد. چه بسا هزینه نگهداری سیستم‌های مخبراتی در مناطق دوردست، بسیار بالاتر از همین هزینه در شهرهاست، در حالی که عمده درآمد مخبرات از مشترکان شهری است نه روستایی! لذا اینکه بگوییم قرارداد اشتراک تلفن، قرارداد اجاره اشخاص است و اجاره اشیاء به عنوان شرط ضمن عقد می‌باشد، غیر قابل قبول به نظر می‌رسد.

### ۴-۳. نظریه بیع

عقد بیع در بیان فقها به تعابیر مختلف تعریف شده است. انتقال عین از شخصی به دیگری در مقابل عوض معین با تراضی (طوسی، ۱۳۸۷: ۷۶/۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۴: ۵/۱۰)، لفظ (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۷/۲) یا ایجاب و قبولی که بر انتقال مالکیت دلالت کند (عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۱۹۱/۳)، نقل عینی به صیغه مخصوص (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۵۴/۴-۵۷)، انشای تملیک عین به مال که از نظر شیخ انصاری تعریف اولی است (انصاری، ۱۴۱۵: ۳۰۷/۱).

### ۴-۳-۱. مدل‌سازی بحث

نظریه دیگر در تحلیل ماهیت قرارداد اشتراک تلفن، تطبیق این قرارداد با بیع است؛ بدین مفهوم که هزینه‌های مترتب بر اشتراک که به سه دسته تقسیم شده‌اند، عبارت خواهند بود از:

۱- هزینه اتصال یا خرید حق اتصال؛

۲- هزینه آبونمان یا خرید حق اتصال مستمر؛

۳- هزینه کارکرد یا خرید دقایق مکالمه.

### ۳-۴-۲. بیع حق

برای تقویم نظریه بیع بودن قرارداد اشتراک تلفن، نیاز به اثبات روایی بیع حق هستیم. در تعریف حق از منظر فقها، یکی از نظرات قابل توجه این است که حق معنایی مترادف با معنای ملک و بلکه ضعیف‌ترین مرتبه ملکیت می‌باشد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۵۵/۱؛ نجفی خوانساری، ۱۳۷۳: ۴۲/۱).

حکم وضعی ملکیت، رابطه خاصی بین مالک و مملوک است که از اسباب خاص اختیاری یا قهری (مانند بیع، ارث و...) ناشی می‌شود. از این رابطه در مرتبه قوی آن به «ملکیت»، و در مرتبه ضعیف آن به «حق» تعبیر می‌شود. به عبارت دیگر، اگر سلطنت از حیث نفس ملکیت و متعلق آن، تام و کامل باشد، «ملکیت» نامیده می‌شود که لازمه آن، سلطنت مالک بر انحاء تصرفات (مگر خارج شده به دلیل خاص) است و اگر این تسلط ناقص باشد، مانند رابطه‌ای که بین ذوالخیار و ما تعلق به الخیار وجود دارد، «حق» نامیده می‌شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۵۵/۱).

بر اساس آنچه که قبلاً بیان شد، ملکیت اتصال به شبکه مخابراتی و انتفاع از آن را با توجه به شروطی که در قراردادهای اشتراک قید شده، می‌توان نوع خفیفی از مالکیت تجهیزات مخابراتی دانست که مرتبه‌ای از مراتب تسلط و بهره‌برداری از این تجهیزات را به مشترک منتقل می‌نماید. با این دیدگاه می‌توان عناوینی چون حق اتصال، حق اشتراک، حق انشعاب و یا حق آبونمان را متصور شد؛ چه اینکه عرف نیز این عناوین را به رسمیت شناخته و نفس حق اشتراک شماره خاص را قابل خرید و فروش می‌داند و پس از مرگ مشترک با طی مراحل قانونی، این شماره و این حق جزء مایملک متوفی محسوب شده و به وراثت نیز انتقال می‌یابد و یا بر اساس مفاد قرارداد اشتراک، قرارداد در مواردی فسخ و این حق توسط مشترک اسقاط می‌گردد.

حال باید دید که اساساً چنین حقی می‌تواند مبیع قرار گیرد؟ اگرچه بیع در لغت به معنای مبادله مال به مال تعبیر شده است (فیومی مقری، بی تا: ۶۹/۲)، اما تقریباً دیدگاه

حاکم بین فقها این است که بیع مبادله عین به عنوان معوض با مال دیگر به عنوان عوض است. صاحب جواهر قول مشهور بلکه نزدیک به اجماع را اشتراط عین بودن مبیع می‌داند (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۰۸/۲۲)؛ در حالی که این محدودیت در مورد عوض مطرح نیست و عین، حق و منفعت می‌توانند به عنوان ثمن قرار گیرند.

در میان علمای متأخر، این موضوع یعنی اختصاص مبیع به اعیان مورد چالش قرار گرفته است. ابتدا باید به این نکته اشاره نمود که مقتضای اصل اولیه، جواز نقل و انتقال «حق» است؛ زیرا فرض بر این است که صاحب حق، مالک و مسلط بر آن است و منع از نقل و انتقال، صرفاً یا از روی تعبد و یا به دلیل شواهدی مبنی بر قوام جعل آن بر شخص (مانند حق تولیت در وقف) یا عنوان خاص (مانند حق ولایت حاکم) مجاز خواهد بود. از این رو در مقام شک در منع، باید به عموماً پابندی به عقود و قاعده تسلیط مراجعه نمود (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۵۶/۱).

اما فارغ از قاعده اولیه، حکم مسئله چیست؟ علی‌رغم نظر بسیاری از فقها به ویژه متقدمان، نظریه عدم رَوایی بیع غیر اعیان، در میان بسیاری از معاصران مورد چالش قرار گرفته است. امام خمینی در کتاب *البیع* بیان می‌دارد خاستگاه باور کسانی که معتقدند مبیع باید فقط از اعیان باشد، این است که یا ادله را منصرف به معهودات خارجی می‌دانند، یا در شمول ادله نسبت به غیر اعیان شک کرده‌اند؛ فلذا اصل را در عدم شمول دانسته و یا به دلیل تمسک به تبادر عرفی و یا صحت سلب بیع از تملیک منافع، چنین نظری را اختیار کرده‌اند. ایشان سپس در تحلیل این ادله، تبادر ناشی از غلبه افراد را غیر مفید و صحت سلب ادعاشده را نیز - چون رجوع به چنین تبادری می‌کند - غیر قابل استناد می‌داند و به متعارف بودن بیع غیر اعیان در نزد عقلا و عرف و نیز عقلایی بودن فروش حق یا اعتبار آن (مثلاً در حق سرقفلی در دکان‌ها) اشاره می‌کند (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۳۲/۱). آیه‌الله گلپایگانی نیز در نظری مشابه، ضمن استشهاد به روایت منقول از امام موسی کاظم علیه السلام در خصوص بیع سکونت در منزلی که صاحبش شناخته شده نیست (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۳۳۶/۱۷) و رد اجماع ادعایی بر اشتراط عین بودن در مبیع، ادله شرعیه در باب بیع را ناظر به نظر عرف دانسته، وجود حقیقت شرعی به نام بیع و تلقی مجاز بودن تعبیر بیع منافع را تخطئه می‌کند. از نظر ایشان، فرق بین اجاره و بیع در این

حالت آن است که در بیع منفعت، منفعت رأساً فروخته می‌شود، اما در اجاره، مستأجر بر عین مسلط می‌شود برای استیفای منفعت آن (موسوی گلپایگانی، ۱۳۹۹: ۱۶-۱۷).

به دیگر سخن، از آنجا که بنای شارع در معاملات، امضاء و توشیح بنای خردمندان است و زبان نصوص در معاملات بر خلاف روند حاکم بر عبادات، زبان ردع و نهی است نه تأسیس و اثبات (علیدوست، ۱۳۸۸: ۱۳۰)، عرفی بودن مفهوم بیع و تأثیر زمان و مکان بر موضوعات احکام شرعی بالاخص احکام معاملات موجب شده که تعداد قابل توجهی از علمای معاصر همچون امام خمینی و آیات عظام گلپایگانی، مکارم و سبحانی، بیع حقوق مالی را صحیح بدانند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۱۴۴/۱-۱۵؛ سبحانی تبریزی، ۱۴۱۹: ۳۲۶).

از سوی دیگر با عنایت به کثرت قائلان به جواز حق بودن ثمن، امام خمینی در مقام اثبات جواز غیر عین بودن مبیع، به این نکته نیز احتجاج می‌کند که ثمن و مثن تفاوت واقعی با یکدیگر ندارند و صرفاً بر حسب انشای بایع، یکی از عوضین به عنوان مثن قرار می‌گیرد و دیگری به عنوان ثمن. به بیان دیگر، گویا هر یک از عوضین، عوض دیگری است و ماهیت بیع، مبادله آن‌ها و قرار گرفتن هر یک از آن‌ها به عنوان عوض طرف مقابل است. بنابراین می‌توان به کلام گروه مخالف نیز برای اثبات صحت بیع حقوق مالی استناد نمود (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۳۵/۱). ایشان ضمن تخطئه نظریه‌ای که قوام بیع را به اصل بودن مبیع و بدل بودن ثمن می‌داند، بر این باور است که مراد از تملیک عین به عوض صرفاً بدین معناست که تملیک باید در مقابل تملیک یا عوض باشد، نه مجانی و بلاعوض. بر این اساس، ماهیت معاوضه همانند عقد بیع، تبادل اضافات است و ماهیت مستقلی نسبت به آن ندارد و حقیقت هر دو یکسان است. از این رو با توجه به اینکه مشهور و عرف، معاوضه حق را می‌پذیرند، پذیرش ادعای عدم صحت بیع حقوق مالی دشوار به نظر می‌رسد (الشریف و جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۴: ۱۸/۲).

ضمن اینکه اگر تعریف مبادله مال به مال را برای بیع بپذیریم، با عنایت به مفهوم مال، از آنجا که «منفعت» و «حق» نیز مورد تمایل و اقبال عرف برای مبادله و معامله قرار می‌گیرند، می‌توان از این منظر نیز بر نظریه زوایی بیع حق و منفعت ابرام نمود (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۲۴/۱). بگذریم از اینکه برخی از فقها رغبت عقلایی عمومی را شرط نمی‌دانند، بلکه رغبت عقلایی شخصی را نیز کافی می‌دانند (حسینی حائری، ۱۴۲۳: ۱۰۷/۱).

بنابراین با توضیحات بالا، مشکلی در بیع بودن نفس اشتراک تلفن مشاهده نمی‌شود. در حقیقت، قسمت ثابت هزینه‌های مترتب بر ارتباط - که از آن‌ها تعبیر به «حق اتصال» و «حق اشتراک مستمر» یا «آبونمان» (البته قسمت ثابت آن، که تابعی از کارکرد نیست) نمودیم، قابل مبیعه است.

### ۳-۴-۳. بیع منفعت

سخن در خصوص شقّ دوم هزینه‌ها یعنی هزینه‌های مترتب بر کارکرد، که از قضا مهم‌ترین بخش هزینه‌هاست، همچنان باقی است. اگر این بخش از قرارداد را نیز بیع فرض نماییم، باید قائل به خرید مکالمه توسط مشترک باشیم. در این صورت باید دو مسئله را واکاوی نمود؛ نخست قابلیت خرید و فروش دقائق مکالمه تلفن و مبیع قرار دادن آن و سپس مشخص بودن یا نبودن عوض، در صورت مثبت بودن پاسخ مسئله اول.

بیان شد که علی‌رغم نظر غالب فقها، برخی فقهای معاصر به ویژه امام خمینی، وجه تمایز حقیقی و ماهوی بین مبیع و ثمن نمی‌بینند و آنچه را که به عنوان تمایز دیده می‌شود، تفاوتی اعتباری می‌دانند (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۲۰/۱). بنابراین منفعت نیز همچون عین یا حق می‌تواند به عنوان مبیع قرار گیرد.

استفاده از خطوط مخابراتی، نوعی منفعت قابل استحصال از این خطوط است. اگرچه تجهیزات مخابراتی در مالکیت مخابرات است و به مشترک تحویل نمی‌شود، اما مشترک به واسطه عقد اشتراک، مالک انتفاع از این تجهیزات می‌گردد. بنا به نظریه‌ای که بیان شد، می‌توان این منفعت را موضوعی قابل مبیعه قلمداد نمود و لحظات این مکالمه را انتفاعی که مبیع این بیع قرار می‌گیرد. در حقیقت بر اساس این نگرش، مشترک آن به آن، منفعت حاصله از تجهیزات مخابراتی را از مخابرات می‌خرد و به ازای آن هزینه‌ای می‌دهد که بخش سوم هزینه‌ها - مندرج در قرارداد اشتراک - به آن اشاره دارد.

### ۳-۴-۴. دفع شبهه غرر و ثمن شناور

از سوی دیگر باید اذعان نمود که به علت عدم مشخص بودن مقدار مکالمه، عوض آن نیز مشخص نیست و موکول به مقدار مکالمه است و در حقیقت ثمن در این معامله،

معلق و شناور است و این تعلیق، به شرط معلوم بودن عوض در بیع که مورد توافق و تسالم همه فقهاست، آسیب وارد می‌سازد.

اگر با دید غیر قابل انعطاف حقوقی و به عنوان بیع خالص بخواهیم به موضوع بنگریم، راهی جز اعلام بطلان بیعی که ثمن آن شناور است، وجود ندارد (دارابپور، ۱۳۷۶-۷۷: ۲۴۹) و دلیل آن نیز غرری شدن قرارداد است.

با بررسی تعاریف و مصادیق مصرح در روایات همچون بیع منابذه و بیع الحصاة، شاید بتوان گفت که نهی معامله غرری از این جهت است که شارع در صدد سد مخاطره‌ای است که از ناحیه این ابهام در معامله رخ می‌دهد و معاملات را به سمت تنازع سوق می‌دهد (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۸۲/۴). مع الوصف این نکته حائز اهمیت است که اگر علی‌رغم عدم تعیین دقیق عوضین، سازوکار مورد توافق طرفین در تعیین عوض یا معوض، به گونه‌ای ابهام و جهالت منجر به غرر را فی‌الجمله منتفی سازد، بالتبع موضوع حدوث غرر نیز منتفی خواهد بود.

در مانحن‌فیه مشاهده می‌شود که از چند جهت، دغدغه جهالت در کیفیت مبیع در بحث خرید مکالمات تلفنی مخدوش و قابل اغماض است:

اولاً، قیمت پایه مکالمه بر اساس تعرفه‌های اعلامی اپراتور که به تأیید دستگاه‌های نظارتی به عنوان مرجع اصلی تصویب تعرفه‌ها رسیده است، اعلام می‌گردد. حسب مورد، این تعرفه‌ها بر اساس طول زمان مکالمه، به ازای ثانیه یا دقیقه سنجیده می‌شوند و با تعریف واحدی به نام پالس، نسبت بین واحد هزینه و مدت زمان مشخص می‌گردد؛ مثلاً به ازای هر ۳۰ ثانیه یک پالس یا به ازای هر ۳ دقیقه یک پالس. مبلغ هر پالس نیز به اطلاع مشترک رسیده است.

ثانیاً، محاسبه هزینه طی دوره‌های تعریف شده، مثلاً ماهانه با استفاده از گزارشات برگرفته از سیستم‌های سوئیچینگ (که به فایل‌های صورتحساب یا بیلینگ معروف هستند) صورت گرفته و کاملاً شفاف می‌گردند.

بنابراین اگرچه ثمن شناور در این بیع، درگیر نقاط تأثیرگذار چندگانه‌ای همچون تعرفه، زمان و تعداد پالس می‌باشد، اما اصل ماجرا برای طرفین قرارداد کاملاً مشخص است؛ به گونه‌ای که در هر لحظه امکان محاسبه هزینه کارکرد تا آن لحظه برای مشترک

وجود دارد که از آن در عرف مخبراتی، با عنوان «قبض میان دوره» تعبیر می‌شود. ثالثاً، همان گونه که قبلاً اشاره شد، تعریف شرایط فسخ قرارداد توسط طرفین نیز بروز غرر را منتفی می‌سازد. مشابه این استدلال ذیل بحث خیار تعدّر تسلیم برای مشتری توسط برخی از فقها بیان شده است (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۸۸/۲۲).

### ۳-۴-۵. نقد رفع شبهه غرر

در نقطه مقابل، این بحث نیز با توجه به تبعات آن قابل طرح است که آیا معیار وجود غرر برای حکم بطلان معامله غرری و لزوم معلوم بودن عوضین، به مثابه حکمت حکم است یا علت حکم؟ در پاسخ به این سؤال، برخی گفته‌اند که اگر صرفاً حدیث نهی‌النبی را به عنوان مستند این حکم بدانیم، در حقیقت غرر علت حکم بطلان خواهد بود و با فرض نبود ابهام معتابه در عوضین برای شخص متعاملین در یک معامله خاص، علی‌رغم وجود غرر در نوع آن، بطلان معامله برای این افراد منتفی خواهد بود (موسوی خویی، ۱۴۱۲: ۳۲۶/۵). برخی دیگر بیان داشته‌اند که اگر مستند حکم بطلان معامله غرری را بنای عقلا نیز بدانیم، باز هم وجود غرر علت حکم بطلان این معامله است و در موارد خاص فوق می‌توان حکم به صحت معامله داد؛ زیرا هدف شارع به عنوان رئیس عقلا، جلوگیری از خطر نزاع و تضییع طرفین معامله است و چون در مورد خاص شخصی، اطمینان از عدم ضرر وجود دارد، دلیلی برای بطلان معامله وجود ندارد، ضمن اینکه در صورت تردید در شمول روش عقلا نسبت به این مورد، اکتفا به قدر متیقن و عدم حکم به بطلان معامله، شرط عقل است (موسوی بجنوردی و شیرازی، ۱۳۸۷: ۱۵۲-۱۵۳). برخی نیز فارغ از اینکه مستند حکم، بنای عقلاست یا روایات باب، مطلقاً قائل به حرمت نوعی بیع غرری شده‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۵: ۱۴۵).

از سوی دیگر، نظریه توجه به نقش عرف در تشخیص غرر به بهانه امضایی بودن احکام معاملات نیز مورد چالش قرار گرفته است. از نظر منتقدان تا زمانی که روش عرف و سیره عقلا در قالب یک قاعده و ضابطه، مورد امضای شارع قرار نگیرد، قادر نیست استثنایی بر یک قاعده کلی وارد نماید؛ فلذا مسامحه عرف در تأیید برخی از معاملات علی‌رغم وجود غرر در آن، بدون تأیید شارع نمی‌تواند معیار عمل قرار گیرد



(موسوی بجنوردی و شیرازی، ۱۳۸۷: ۱۵۷). اگرچه مواردی در لابه‌لای فقه مشاهده می‌شود که شارع مقدس بنا به مصالحی - که نیاز عمومی به تساهل در معامله می‌تواند یکی از آن‌ها باشد - در عقود احسانی (همچون ضمان عقدی، ابراء، صلح و هبه)، عقود احتمالی (همچون جعاله و بیمه) و عقود مشارکتی (همچون مضاربه و مزارعه و مساقات)، علم اجمالی به مورد معامله را کافی دانسته است (همان: ۱۵۹). از این منظر بعید نیست که بتوان با تنقیح مناط، با همین رویکرد تسامحی به قرارداد اشتراک تلفن نگریست و همین مقدار معلومیت در عوضین قرارداد مزبور را که به آن اشاره شد، برای رهایی از شبهه غرری بودن قرارداد کافی دانست.

### ۳-۵. نظریه صلح

#### ۳-۵-۱. تعریف صلح

صلح، تراضی بر امری اعم از تملیک عین یا منفعت یا اسقاط دین یا حق و غیر آن است و شرط نیست که مسبوق به نزاع باشد و جایز است ایقاع آن بر هر امری غیر از مستثنیات شرعی (موسوی خمینی، بی‌تا: ۵۶۱). برخی صلح را فرعی بر سایر عقود دانسته‌اند (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۸۸/۲)؛ اما اکثر فقها آن را عقدی مستقل در کنار دیگر عقود شرعی می‌دانند ولو اینکه فایده آن‌ها را افاده کند (برای نمونه ر.ک: محقق حلی، ۱۴۰۸: ۹۹/۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۲۱۳/۶؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۳۲۷/۳؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۴۰۹/۵؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۱۲/۲۶).

چنانچه صلح را تابع عقدی بدانیم که صلح صرفاً برای تحصیل نتیجه آن عقد واقع شده است، احکام و شرایط و آثار آن تابع قرارداد اصلی خواهد بود. در این صورت سخن از آثار صلح، سخنی بیهوده است. برعکس، اگر آن را عقدی مستقل بدانیم، خود دارای آثار و شرایطی خواهد بود که لزوماً با آثار و شرایط عقد اصلی مطابقت ندارد؛ مثلاً صلح بر عاریه یا مضاربه، حکم جایز بودن این عقود را به ارث نخواهد برد (نجفی کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹: ۴۳-۴۴/۲). در خصوص لزوم سبق یا احتمال نزاع در صلح نیز اختلاف آراء بین فقها مشهود است. علی‌رغم اینکه برخی فقها رفع نزاع را دلیل اصلی تشریح صلح (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۹۹/۲) و تحقق یا احتمال نزاع را شرط انعقاد صلح

دانسته‌اند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۲۸/۱)، اما مشهور فقها وجود یا احتمال نزاع را شرط انعقاد صلح نمی‌دانند (برای نمونه رک: عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۱۸۲/۴؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ۳۳۱/۹؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۱۱/۲۶).

در راستای اثبات نظر مشهور، برخی فقها علاوه بر ارائه ادله‌ای چون اجماع، اطلاق نصوص و اصل صحت، مشابه بحثی که در مورد غرر شد، رفع نزاع را حکمت تشریح صلح دانسته‌اند، نه علت آن (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۴۰۸-۴۰۷/۵؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۲/۵). این نگرش، تعیین ماهیت صلح را دچار چالش نموده است؛ چرا که باید ماهیت آن را به گونه‌ای تعریف نمود که ضمن فرو نشانیدن نزاع، واجد کارکرد عقود مختلف همچون بیع، اجاره، مضاربه و... باشد، بی‌آنکه هیچ یک از عناصر اختصاصی این عقود، همچون «تملیک» در عقود تملیکی یا «تعهد» در عقود عهدی را به همراه داشته باشد. برای پاسخ به این مسئله، شیخ اعظم بر عنصر «تسالم» در صلح انگشت نهاده است (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۳/۳) که مفهومی مرادف با تراضی و توافق دارد و بر اساس آن، جانشینی صلح با طیف گسترده‌ای از عقود را، از عقود مبتنی بر مسامحه تا عقود مغایبه‌ای شامل می‌شود (الشریف و منصور و طباطبایی، ۱۳۹۷: ۱۶۸-۱۶۹).

در صورت قبول این دیدگاه، سؤال اساسی دیگری بروز می‌کند و آن اینکه تسالم به مفهوم تراضی در تمام عقود وجود دارد، پس وجه تمایز صلح از سایر عقود چیست؟ در پاسخ بیان شده که «مفهوم» صلح، تسالم و تراضی بر امر است نه اینکه صلح، «مصادق» تسالم باشد. به بیان دیگر، مثلاً در بیع، مُنشأً، تملیک عین به عوض معلوم است نه توافق و تراضی، در حالی که در صلح، تراضی است که مستقیماً مورد انشاء قرار می‌گیرد. فلذا مثلاً در صلح قائم مقام بیع، تملیک عین به عوض، مُنشأً مستقیم متصالحین نیست، بلکه آنچه مُنشأً است، تراضی و تسالم بر امری است که متضمن تملیک یک عین در قبال عوض می‌باشد (طباطبایی حکیم، بی تا: ۶۲).

در نقطه مقابل، منتقدان این اشکال را وارد کرده‌اند که لازمه پذیرش این دیدگاه آن است که صلح، بدون لفظ قابل انعقاد نباشد (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۳: ۱۳۹)، در حالی که بسیاری از قائلان این نظریه، انعقاد صلح با فعل (صلح معاطاتی) را نیز صحیح دانسته‌اند (موسوی خویی، ۱۴۱۲: ۱۹۳/۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۸۱/۱).

در مقام اثبات، یعنی تبیین و تشخیص معیارهای تمییز صلح از سایر عقود، برای توصیف یک قرارداد به صلح و تشخیص انطباق آن با عقد صلح، یا باید از راه دلالت لفظی پیش برویم یا از مسیر دلالت سیاقی. در دلالت لفظی، تمسک به اصالة الظهور و اعتماد به عنوانی که طرفین برای توافق خود برگزیده‌اند، راهگشاست؛ اما در دلالت سیاقی، مفاد، محتوا، شرایط، اوضاع و احوال و هدف طرفین در انشاء عقد مورد توجه قرار می‌گیرد (غروی نائینی، ۱۴۱۳: ۱/۲۱۸).

این نکته راهگشاست که فارغ از نظریه «لزوم سبق نزاع در صلح»، از آنجا که خاتمه دادن به نزاع یا جلوگیری از دعوی، کارکرد اصلی هیچ عقد دیگری غیر از صلح نیست، در مواقع وجود یا احتمال بروز نزاع، هر چند طرفین برای انعقاد قرارداد از لفظ صلح استفاده نکرده باشند، سیاق عبارات طرفین به انعقاد صلح دلالت خواهد داشت (الشریف و منصور و طباطبایی، ۱۳۹۷: ۱۷۱). ضمن اینکه حتی با فرض عدم احتمال نزاع، در قراردادهای دارای صبغه مغاینه، چنانچه از لفظ عقود دیگر استفاده نشود، اما قرائن بر اغماض از شروط عقود دیگر توسط طرفین دلالت داشته باشد، مانند تساهل و تسامح در مقابل اجمال و ابهام عوضین در قرارداد معاوضه‌ای، همچون موضوع بحث ما که قاعداً مغاینه در آن راه دارد، می‌توان به دلالت سیاقی این عقود را نیز صلح فرض نمود. البته نمی‌توان هر معامله‌ی حاوی موضوع مجهول را تحت عنوان صلح تعریف نمود؛ چرا که در این صورت دیگر نباید هیچ معامله‌ای را به دلیل جهل طرفین به موضوع باطل دانست. توصیف این گونه معاملات به عنوان صلح، مشروط به عدم قصد واقعی طرفین معامله بر سایر عقود مغاینه‌ای و علم و آگاه بودن طرفین به مجهول بودن موضوع معامله است (همان: ۱۸۰): اگرچه این علم، اجمالی باشد.

### ۳-۵-۲. مدل سازی بحث

با عنایت به مباحث بالا به ویژه فراز اخیر، شاید بهتر باشد با استفاده از عقد صلح، برای بخش مبهم قرارداد اشتراک تلفن، گره‌گشایی کرد. بر این اساس صرفاً بخش سوم مبلغ قرارداد اشتراک تلفن که شامل مبالغ متغیر قبض کارکرد می‌باشد، بر عقد صلح تطبیق می‌یابد؛ فارغ از اینکه قائل به نظریه تفریع باشیم یا طرفدار نظریه استقلال.

بدین ترتیب باید گفت که طرفین در خصوص پرداخت هزینه‌های مکالمه بر اساس تعرفه‌های قانونی که ضوابط آن ضمن قرارداد مشخص است، صلح نموده‌اند. ضمن اینکه شرط دخالت نهادهای نظارتی بر قرارداد و احیاناً جرح و تعدیل مفاد آن، حتی در خصوص تعرفه‌های مربوطه نیز مورد مصالحه قرار گرفته است.

پر واضح است که این نظریه به دلالت سیاقی، تسالم طرفین را صلح دانسته است؛ زیرا هیچ اشاره‌ای به لفظ صلح یا عقد صلح در قرارداد فیما بین نمی‌گردد.

### ۳-۶. بررسی لزوم قرارداد

با فرض پذیرش هر یک از الگوهای فوق، باید قائل به لزوم قرارداد اشتراک نیز باشیم. مفاد قرارداد نیز منافاتی با این موضوع ندارد. همان‌گونه که اشاره شد، در متن قرارداد، فسخ قرارداد از سوی شرکت مخابرات صرفاً موقوف به عدم پرداخت بدهی توسط مشترک و یا عدم رعایت شرایط فنی و امنیتی مذکور در قرارداد توسط وی گردیده است که می‌توان آن را مصداقی برای خیار تخلف شرط دانست. اما اقدام به فسخ قرارداد از سوی طرف مقابل یعنی مشترک، صرفاً به دلیل تمایل به انصراف از دریافت خدمات، به رسمیت شناخته شده است و این یعنی قرارداد در طرف مشترک جایز دانسته شده و البته این موضوع با توجه به تراضی طرفین، لطمه‌ای به اصل لزوم قرارداد وارد نخواهد نمود. «جایز بودن» عقد در نقطه مقابل «لازم بودن» آن، به جواز فسخی اشاره دارد که از نظر شارع ممضی است نه جواز فسخی که در زمان انعقاد عقد، مورد تراضی طرفین قرار گرفته است.

### نتیجه‌گیری

الف) قرارداد اشتراک تلفن ثابت پس‌پرداخت را می‌توان عقدی مرکب از چند عقد معین دانست.

ب) نظریه اجاره دانستن قرارداد اشتراک از چند جهت مورد مناقشه و مخدوش است؛ نخست اینکه کمیت عوضین معلوم نیست و شائبه غرری بودن آن به طور جدی مطرح است. ثانیاً، علی‌رغم اجاره که عقدی موقت و زمان‌دار است، قرارداد اشتراک با

فرض پایبندی طرفین به تعهدات، قراردادی دائمی تلقی می‌شود و مدتی برای آن در متن قرارداد ذکر نمی‌گردد. ثالثاً، در اجاره، عین به فرد تحویل می‌شود تا از منافع آن بهره گیرد، اما به واسطه قرارداد اشتراک، عینی تحویل مشترک نمی‌گردد. رابعاً، هیچ رابطه معناداری بین عمل و اجرت در قرارداد اشتراک وجود ندارد تا بتوان آن را اجاره اعمال فرض کرد. خامساً، شرکت‌های ارتباطی، بنا بر شرع، قانون و عرف، ضامن قصور کارمندان خود در ارائه سرویس به مشتریان هستند؛ در حالی که در عقد اجاره، قصور اجیر در انجام دادن عمل مورد اجاره موجب ضمان دانسته نشده است. سادساً، در متن قرارداد و یا قصد طرفین، هیچ قرائن لفظی یا غیر لفظی حاکمی از اجاره دانستن قرارداد اشتراک مشاهده نمی‌شود.

ج) اگرچه تلقی عرف از قرارداد اشتراک تلفن، خرید و فروش امتیاز تلفن یا بیع است، اما نظریه بیع دانستن قرارداد مزبور نیز با فرض قبول رَوایی بیع حق و منافع، از ناحیه ابهام در عوض در قسمت متغیر مبلغ قرارداد مورد چالش است و چه بسا معامله‌ای غرری تلقی گردد.

د) چالش فوق با تعلق عنوان صلح به بخش اخیر قرارداد قابل حل است. براین اساس با توجه به جمیع جهات، به نظر می‌رسد شایسته است که قرارداد اشتراک تلفن پس پرداخت را عقدی مرکب بدانیم که شامل سه عقد است: ۱- بیع حق اشتراک؛ ۲- بیع حق اتصال مستمر یا حق آبونمان (البته بخش ثابت آن)؛ ۳- صلح بر انتقال منافع خطوط مخابراتی (مکالمه) در قبال پرداخت هزینه‌های آن بر اساس تعرفه‌های مورد مصالحه (بخش متغیر آبونمان، تعرفه‌های مخابراتی و تعرفه‌های تکلیفی دیگر همچون مالیات، عوارض و...) و حق نظارت و دخالت واجب‌الاتباع نهادهای نظارتی بر آن.

## کتاب‌شناسی

۱. ارسطا، محمدجواد، «تحلیل ماده ۵۰۱ و ۵۱۵ قانون مدنی (اجاره بدون مدت)»، فصلنامه حقوق اسلامی، دوره اول، شماره ۲، پاییز ۱۳۸۳ ش.
۲. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، تهران، اسلامیه، بی تا.
۳. امیری قائم مقامی، عبدالمجید، «اجاره اشیاء»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، دوره هفتم، شماره پیاپی ۱۰۰۱۴۴، پاییز ۱۳۵۰ ش.
۴. انصاری، مرتضی بن محمدامین، کتاب المکاسب، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، چاپ هفتم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۵ ش.
۶. جواهری، حسن، بحوث فی الفقه المعاصر، بیروت، دار الذخائر، بی تا.
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 حائری، سیدکاظم، فقه العقود، چاپ دوم، قم، مجمع اندیشه اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۹. حسینی روحانی، سیدمحمدصادق، المسائل المستحلّه، چاپ چهارم، قم، دار الکتب، ۱۴۱۴ ق.
۱۰. همو، فقه الصادق (علیه السلام)، قم، دار الکتب، ۱۴۱۲ ق.
۱۱. خورسندیان، محمدعلی، و قادر شنور، «ماهیت عقد مرکب در فقه و حقوق موضوعه»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال سوم، شماره ۴، بهار و تابستان ۱۳۹۰ ش.
۱۲. داراب‌پور، مهرباب، «ثمن شناور»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره‌های ۲۱-۲۲، زمستان ۱۳۷۶ تا تابستان ۱۳۷۷ ش.
۱۳. زحیلی، وهبة بن مصطفى، الفقه الاسلامی وادلته، چاپ سوم، دمشق، دار الفکر، ۱۴۰۹ ق.
۱۴. سبحانی تبریزی، جعفر، مصادر الفقه الاسلامی و منابعه، بیروت، دار الاضواء، ۱۴۱۹ ق.
۱۵. سنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، چاپ سوم، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقیه، ۲۰۰۹ م.
۱۶. الشریف، محمد مهدی، محمد منصوری، و سیدمحمدصادق طباطبایی، «واکاوی حقیقت عقد صلح و معیارهای توصیف عقود معین به صلح»، فصلنامه مطالعات حقوقی، دوره دهم، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۷ ش.
۱۷. الشریف، محمد مهدی، و نصرالله جعفری خسروآبادی، «چالش‌های نظری بیع حق»، فصلنامه مطالعات حقوقی، دوره هفتم، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۴ ش.
۱۸. طباطبایی حکیم، سیدمحسن، نهج الفقاهه، قم، ۲۲ بهمن، بی تا.
۱۹. طباطبایی قمی، سید تقی، الغایة التصوی فی التعلیق علی العروة الوثقی - کتاب الاجاره، قم، محلاتی، ۱۴۲۳ ق.
۲۰. طباطبایی کربلایی، سیدعلی بن محمدعلی، ریاض المسائل فی تحقیق احکام بالدلائل، قم، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۱۸ ق.
۲۱. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، العروة الوثقی (المحشی)، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.

۲۲. همو، حاشیة المكاسب، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ق.
۲۳. همو، سؤال و جواب، تهران، مركز نشر علوم اسلامى، ۱۴۱۵ ق.
۲۴. طوسى، ابوجعفر محمد بن حسن، المبسوط فى فقه الاماميه، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضوية لاحياء الآثار الجعفرية، ۱۳۸۷ ق.
۲۵. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زين الدين بن على، الروضة البهية فى شرح اللمعة الدمشقية، قم، كتاب فروشى داوری، ۱۴۱۰ ق.
۲۶. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال الدين مكى، الدروس الشرعية فى فقه الاماميه، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامى، ۱۴۱۷ ق.
۲۷. علامه حلی، ابومنصور جمال الدين حسن بن يوسف بن مطهر اسدى، تذكرة الفقهاء، قم، مؤسسة آل البيت (علیهم السلام)، ۱۴۱۴ ق.
۲۸. همو، قواعد الاحكام فى معرفة الحلال والحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامى، ۱۴۱۳ ق. (الف)
۲۹. همو، مختلف الشیعة فى احكام الشریعه، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامى، ۱۴۱۳ ق. (ب)
۳۰. على آبادی، على، ايجاد و اسقاط تعهدات ناشئ از عقد در حقوق اسلامى، چاپ هفتم، تهران، دانش پذیر، ۱۳۹۲ ش.
۳۱. علیدوست، ابوالقاسم، فقه و عرف، چاپ چهارم، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامى، ۱۳۸۸ ش.
۳۲. غروی نائینی، محمدحسین، المكاسب والبيع، قم، دفتر انتشارات اسلامى، ۱۴۱۳ ق.
۳۳. فیومی مقری، احمد بن محمد بن على، المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی، قم، دار الرضى، بی تا.
۳۴. کرکی عاملی، على بن حسین، جامع المقاصد فى شرح القواعد، چاپ دوم، قم، مؤسسة آل البيت (علیهم السلام) لاحياء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۳۵. محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدين جعفر بن حسن، شرائع الاسلام فى مسائل الحلال والحرام، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۳۶. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة والبرهان فى شرح ارشاد الاذهان الى احكام الايمان، قم، دفتر انتشارات اسلامى، ۱۴۰۳ ق.
۳۷. مکارم شیرازی، ناصر، انوار الفقاهة - كتاب البيع، قم، مدرسه امام امیرالمؤمنین (علیهم السلام)، ۱۴۲۵ ق.
۳۸. موسوی بجنوردی، سیدحسن بن آقابزرگ، القواعد الفقهیه، قم، الهادی، ۱۴۱۹ ق.
۳۹. موسوی بجنوردی، سیدمحمد، و محمدرضا شیرازی، «ابهام و لزوم رفع آن از مورد معامله»، فصلنامه فقه و مبانی حقوق اسلامى، دوره چهارم، شماره ۱۳، پاییز ۱۳۸۷ ش.
۴۰. موسوی خمینی، سیدروح الله، تحریر الوسیله، قم، دار العلم، بی تا.
۴۱. همو، كتاب البيع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.
۴۲. موسوی خوئی، سیدابوالقاسم، مصباح الفقاهه، تقرير محمدعلى توحیدى تبریزی، بیروت، دار الهادی، ۱۴۱۲ ق.
۴۳. موسوی سبزواری، سیدعبدالاعلی، مهذب الاحكام فى بیان الحلال والحرام، چاپ چهارم، قم، المنار، ۱۴۱۳ ق.
۴۴. موسوی گلپایگانی، سیدمحمدرضا، بلغة الطالب فى التعلیق على بیع المكاسب، قم، چاپخانه خیام، ۱۳۹۹ ق.

۴۵. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۴۶. نجفی خوانساری، موسی بن محمد، *منیة الطالب فی حاشیة المکاسب*، تقریرات بحث محمدحسین غروی نائینی، تهران، المکتبة المحمدیه، ۱۳۷۳ ق.
۴۷. نجفی کاشف الغطاء، محمدحسین بن محمدرضا، *تحریرالمجله*، نجف اشرف، المکتبة المرتضویه، ۱۳۵۹ ق.
۴۸. نعمت‌اللهی، اسماعیل، *موضوع عقد و مورد معامله با تأکید بر عقد صلح*، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۳ ش.
۴۹. هاشمی شاهرودی، سید محمود، *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (علیهم‌السلام)*، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم‌السلام)، ۱۴۲۶ ق.



## بررسی فقهی- حقوقی

# نقش اراده در توافقات ابوین بر مسئله حضانة\*

- مجیدرضا کمالی بانیانی<sup>۱</sup>
- داوود نصیران<sup>۲</sup>
- سیدمحمدهادی مهدوی<sup>۳</sup>

### چکیده

تا قبل از تصویب قانون حمایت خانواده در سال ۱۳۹۱، توافقاتی که برای پذیرش حق حضانة یا اعطای امتیازی ویژه به والد دیگر صورت می‌گرفت، صریحاً مورد لحوق حکم قرار نگرفته بود؛ اما بعد از تصویب قانون مذکور در ماده ۴۱، به صورت ضمنی به توافقات رسمیت بخشیده شد. از آنجا که مهم‌ترین عامل شکل‌گیری قراردادهای، اراده و توافق طرفین است، اصل بر حاکمیت اراده

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۰/۸ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۷/۹.

۱. دانشجوی دکتری تخصصی، گروه حقوق، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران (majidrezakamali497@yahoo.com).
۲. استادیار گروه حقوق، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران (نویسنده مسئول) (dawoodnassiran1192@yahoo.com).
۳. استادیار گروه حقوق، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران (h1.hadimahdavi@phu.iaun.ac.ir).

است و چون حضانت، حق و تکلیف والدین است، طرفین می‌توانند اجرای حق و اجرای تعهدات را (مگر اینکه مباشرت متعهد یا مکلف در انجام تکلیف شرط باشد)، بر اساس این توافقات و قراردادهای به دیگری واگذار نمایند.

این مقاله نقش اراده ابوبن را در قراردادهایی که مابین والدین با یکدیگر و یا با اشخاص ثالث منعقد می‌شود، مورد بررسی قرار داده است. با عنایت به این پژوهش مشاهده شد که در حقوق ایران، حضانت بر اساس ماهیت دوگانه خود، قابلیت واگذاری یا اسقاط را ندارد؛ اما طرفین می‌توانند اجرای حق را نیابتاً به وکیل یا نماینده‌ای بسپارند. لذا امکان انعقاد این قراردادهای در زمان زناشویی و جدایی وجود دارد و در نتیجه، امکان واگذاری اجرای آن به شخص ثالث (مؤسسه خصوصی، استخدام پرستار، سپردن طفل به مددکار اجتماعی...) در قالب عقود معینی نظیر اجاره، صلح، وکالت، جعاله و... و یا در قالب عقود غیر معین (ماده ۱۰ ق.م.) وجود دارد. از آنجا که اصل حاکمیت اراده در توافقات حضانت، محدودتر از توافقات دیگر است، غبطه کودک به عنوان مخصص این اصل، همیشه مدنظر دادگاه‌ها بوده است.

**واژگان کلیدی:** اراده، توافق، حضانت، قرارداد.

## ۱. مقدمه

اراده از نگاه اهل لغت، از دو ماده «رود» (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۳۶۵/۵؛ جوهری، ۱۴۰۴: ۴۷۸/۳) و «ری‌د»، به معنای قصد داشتن (دهخدا، ۱۳۴۲: ۱۶۰۵) است. در متون فقهی، اراده، شوق مؤکد و گرایش نفس جهت انجام عمل است (تهانوی، ۱۹۹۶: ۵۴۴) و کیفی نفسانی برآمده از تصور یک عمل حقوقی دانسته می‌شود که بعد از تصدیق به فایده می‌آید (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۷۵/۲۵) و انسان را به طرف فعل و ترک سوق می‌دهد (نجفی خوانساری، ۱۴۲۴: ۳۶۹/۱). از دیدگاه حقوقی، اراده به معنای خواستن است و در ردیف فعل ارادی به کار می‌رود (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲: ۳۲۲). این عنصر، از مبانی اعتبار قرارداد دانسته می‌شود و مراد از آن در حاکمیت اراده، اراده انشایی است (شهیدی، ۱۳۸۰: ۶)؛ یعنی عقد به قصد انشاء محقق می‌شود. قصد در لغت، به معنای اعتدال، استقامت، اراده و اختیار است (فراهیدی، ۱۴۱۰: ۵۵/۵؛ ابن منظور، ۱۴۱۴: ۳۵۳/۳؛ ابن فارس، ۱۴۰۴: ۹۵/۵). در اصطلاح فقها، قصد به داشتن اراده و اختیار فرد (بدون اکراه یا اجبار)

است، در آنچه منعقد می‌کند (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵: ب: ۳۰۷) و یا به هدف یا علت غایی انجام عمل در راه اطاعت و امتثال امر شارع مقدس گفته می‌شود (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۱۴/۲). در حقوق نیز ماده ۱۹۱ ق.م. قصد انشاء را امری روحی و معنوی دانسته است (اراده حقیقی) و آنچه که موضوع عقد قرار می‌گیرد، همان رضاست (امامی، ۱۳۷۷: ۱۸۹/۵)؛ لذا قصد انشاء، نقطه اوج رضای نفسانی در عقود، و مهم‌ترین رکن جهت ایجاد عمل حقوقی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲: ۷۲). در حقوق ایران، حسب بند ۱ ماده قانون مدنی، قصد طرفین از شرایط اصلی معاملات محسوب می‌گردد؛ به گونه‌ای که می‌توان اذعان داشت که اعمال حقوقی بر محور اراده می‌چرخند و مباحثی از جمله «معامله صوری» و «ایجاب و قبول در معاملات»، مستقیماً با نظریه اراده در ارتباط‌اند و حتی قواعد حقوقی مانند «تبعیت عقد از قصد»، «تجارة عن تراض» و... نیز بر پایه نظریه اراده می‌باشند.

یکی از موضوعات مهم خانواده که اراده طرفین در آن نقش چشمگیری دارد، حضانت طفل است. یکی از مقالات منتشرشده در این موضوع، مقاله «نوآوری‌ها و چالش‌های حق حضانت زنان در پرتو قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱» است. در این مقاله، پس از بیان تعاریفی در باب لغت حضانت، به مباحثی چون بلااشکال بودن انتقال حق حضانت از پدر به مادر یا برعکس، سرنوشت حضانت در صورت ازدواج مجدد مادر یا در صورت فوت یکی از والدین و... پرداخته شده است. لذا در مقاله مذکور، قرارداد خاصی بررسی نشده است. مقاله دیگر، «سیاست‌گذاری نظام حقوقی ایران در قبال توافقات ابویین بر سر حق حضانت» است. نویسندگان مقاله پس از بررسی ماهیت حق حضانت و بررسی آن در قانون، اشاره‌ای به قابلیت شکل‌گیری توافقات والدین به صورت عقد صلح و وکالت داشته‌اند. اما در اشاره مذکور، هیچ‌گونه تقسیم‌بندی خاصی انجام نگرفته است و سوای این مبحث، در هیچ‌کدام از مقالات بالا، عقد اجاره (چه مابین والدین و چه با شخص ثالث)، وکالت، جعاله و هبه مورد بررسی قرار نگرفته‌اند و می‌طلبید که امکان انعقاد و چگونگی این عقود، باریک‌تر بررسی شوند. مهم‌ترین اهداف این پژوهش، سوای بررسی موارد بالا، پاسخ‌گویی به سؤالات زیر است:

- توافق و اراده طرفین در باب حضانت، چه آثاری دارد؟  
- توافقات ابوبن در قالب چه قراردادهایی امکان‌پذیر هستند؟

## ۲. ماهیت حضانت

حقوق‌دانان حضانت را اقتداری می‌دانند که قانون جهت نگهداری و تربیت طفل، به والدین اعطا کرده است (امامی، ۱۳۷۷: ۱۸۷/۵). در این میان، دو عنصر نگهداری و تربیت، مفهومی مشترک مابین حقوق‌دانان، فقهای اسلامی و بعضی از علمای اهل سنت هستند (ر.ک: عاملی جبعی، ۱۳۷۶: ۲۱۳/۲؛ زحیلی، ۱۴۱۸: ۷۱۷/۷). با عنایت به تعریف حق و حکم و تفاوت آن دو و با لحاظ کردن آراء فقها در مسئله حضانت می‌توان قائل به سه نظریه شد:

- بعضی از فقها معتقدند که حضانت، حق صرف است و بنا بر ویژگی‌های حق، حضانت را نیز قابل اسقاط و انتقال دانسته‌اند. در نتیجه، حضانت را می‌توان توسط هریک از زوجین، قابل انتقال به یکدیگر و حتی به ثالث برشمرد؛ مثل عوض قرار گرفتن حضانت در طلاق به عوض (طوسی، ۱۳۸۷: ۳۸/۶؛ مغنیه، ۱۴۲۱: ۳۱۶/۵).

- گروه دوم فقها معتقدند که حضانت دو چهره دارد و هم حق است و هم تکلیف (حکم) (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۴۲۱/۸). از سویی حق است؛ یعنی کسی نمی‌تواند مانع حضانت فرزندان توسط والدین گردد. از سوی دیگر تکلیف است؛ چرا که امکان امتناع والدین وجود ندارد؛ یعنی حکم است، لذا قابلیت اسقاط و یا واگذاری آن وجود ندارد (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۹/۲).

- گروه سوم فقها معتقدند که حضانت برای مادر حق است و برای پدر تکلیف؛ برای مادر قابلیت اسقاط و واگذاری دارد، اما برای پدر قابلیت اسقاط و واگذاری ندارد (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰: ۲۸۶/۲). بر این اساس، امکان الزام مادر وجود ندارد؛ ولی پدر بر این امر الزام می‌گردد:

«اگر مادر حق حضانت خود را اسقاط نماید و یا از نگهداری و تربیت طفل امتناع نماید، بر پدر است که نگهداری طفل را بپذیرد و اگر وی سر باز زد، ملزم به نگهداری طفل می‌شود» (طاهری، ۱۴۱۸: ۳۲۶/۳).

در القواعد و الفوائد نیز آمده است:

«لو امتنعت الأم من الحضانة، صار الأب أولى به، ولو امتنعا معاً فالظاهر إيجاب الأب»  
(عاملی جزینی، ۱۴۱۰: ۱۲۳)؛ اگر مادر از حضانت امتناع کرد، پدر نسبت به آن اولویت دارد و اگر هر دو امتناع ورزند، پدر بر حضانت اجبار می‌شود.

تا زمانی که زن و شوهر با هم زندگی می‌کنند، هر دو می‌توانند در امور مربوط به نگهداری مشارکت نمایند؛ اما بعد از متارکه، چون امکان عملی نگهداری مشترک وجود ندارد، یکی از والدین با توجه به سنین مختلف کودک، نسبت به دیگری اولویت در نگهداری داشته و به تعبیر روایات متعدد در باب حضانت، «(احق)» است (طوسی، ۱۳۸۷: ۳۸/۶؛ صدوق، ۱۴۱۳: ۴۳۵/۳). از طرف دیگر، حضانت حق کودک نیز هست و بر همین اساس است که برخی از فقها به وجوب حضانت بر ذوالحق، یعنی پدر و مادر فتوا داده‌اند. لکن در مقام برگزیدن و تقویت یکی از نظرات مطرح شده در باب ماهیت حضانت باید گفت به نظر می‌رسد حضانت نسبت به مادر، حق محض و نسبت به پدر هم حق و هم تکلیف باشد؛ همچنان که به اعتقاد مشهور فقها نیز حضانت از ناحیه مادر تکلیف نبوده و صرفاً حق است (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۸۳/۳۱؛ عاملی جبعی، ۱۳۷۶: ۱۴۱/۲). شواهدی که حق بودن حضانت را نسبت به مادر تقویت می‌کند، در زیر آورده شده است:

- به تصریح برخی از فقها در مواردی که حضانت کودک با مادر است، وی می‌تواند حضانت را وجه المصالحه و عوض برای گرفتن طلاق خلع قرار دهد. به عبارت دیگر، او می‌تواند حضانت را به پدر واگذار نماید تا پدر در قبال آن، وی را طلاق خلع دهد (طوسی، ۱۳۸۷: ۳۸/۶؛ مغنیه، ۱۴۲۱: ۳۱۶/۵). این خصیصه فقط با حق بودن حضانت سازگار است؛ چرا که حکم مسلماً نمی‌تواند عوض مالی قرار گیرد.

- در صورت امتناع مادر از حضانت، کسی حق اجبار وی را ندارد؛ چون مادر از حق خویش صرف نظر کرده است؛ لذا انجام این عمل از سوی مادر، قابل مطالبه در محاکم قانونی نیست (قمی، ۱۴۱۳: ۵۷۵/۴)؛ در حالی که اگر حضانت نسبت به مادر تکلیف محسوب می‌شد، وی موظف به آن بود و در صورت امتناع، ولی کودک می‌توانست با مراجعه به محکمه، مادر را ملزم به حضانت نماید.

- به تصریح گروهی دیگر از فقها، مادر می‌تواند حق حضانت را اسقاط و یا به دیگری منتقل نماید (موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۲۸۶/۲؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰: ۱۲۲/۳)؛ در حالی که اگر حضانت برای مادر جنبه تکلیفی داشته باشد، قابلیت نقل و اسقاط برای آن متصور نیست.

- روایاتی که حضانت مادر را منوط به خواست او نموده و وی را «احق» در حضانت دانسته‌اند؛ از جمله در صحیحۃ ایوب بن نوح آمده است:  
 «المرأة أحق بالولد إلى أن يبلغ سبع سنين إلا أن تشاء المرأة» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۴۷۲/۲۱؛ صدوق، ۱۴۱۳: ۴۳۵/۳)؛ زن نسبت به حضانت فرزند تا هفت سالگی احق است؛ مگر اینکه وی از حق خود صرف نظر نماید.

همچنان که برخی از فقها نیز از این روایت، حق بودن حضانت را استفاده نموده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۸۴/۳۱).

- در صورت شک، اصل عدم وجوب حضانت است؛ زیرا به اتفاق اصولیان و اخباریان، اصل در شبهات حکمیه وجوبیه، برائت است (موسوی خویی، ۱۳۶۸: ۱۹۲/۲).  
 با توجه به قرائن فوق، ادعای حق بودن حضانت نسبت به مادر و حق و تکلیف بودن آن نسبت به پدر خالی از قوت نیست.

در عالم حقوق، به تبعیت از آرای متعدد فقها، حضانت هم حق و هم تکلیف شمرده شده و امکان اسقاط و واگذاری حق (خود حق) وجود ندارد؛ اما از دیدگاه جمعی از فقها، اگرچه «واگذاری حضانت نیابتاً به شخص ثالث (چه از سوی پدر و چه مادر) و تحت نظارت آنان مانعی ندارد» (منتظری نجف‌آبادی، بی‌تا: ۴۰۳/۳)، اما باید دانست که «ولایت پدر و مادر در جای خود باقی است و ساقط نمی‌شود» (اصفهانی، ۱۳۹۳: ۲) و تنها اجرای آن واگذار شده است. لذا اگر قائل به انتقال خود حق باشیم، واگذارکننده دیگر حقی نخواهد داشت و حتی در صورت ایجاد مانع بعد از انتقال حق نیز صاحب حق، حق سابق را نخواهد داشت. اما اگر قائل به انتقال اجرای حق باشیم، دارنده حق همچنان حق را داراست و مسلماً با ایجاد مانع در اجرای حق، می‌تواند حق سابق را دارا باشد.

## ۱-۲. ماهیت قراردادهای مربوط به حضانت

ماده ۱۰ ق.م. می گوید:

«قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آنها را منعقد کرده‌اند، اگر مخالف صریح قانون نباشند، نافذند».

لذا «مهم‌ترین عنصر در ایجاد توافقات، اراده افراد است» (خورسندیان و ذاکری‌نیا، ۱۳۸۸: ۱۵). از جمله مباحثی که اراده طرفین در آن مؤثر است، حضانت فرزند است. قبل از تصویب قانون حمایت خانواده در سال ۱۳۹۱، اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه‌هایی چون ۸۰/۴/۱۳-۷/۳۵۶۳ و بخشی از نظریه شماره ۸۱/۰۷/۱۸-۷/۶۶۶۴، صراحتاً به امکان واگذاری حضانت بر اساس توافقات اشاره کرده بود و سرانجام در سال ۱۳۹۱ به موجب ماده ۴۱ قانون حمایت خانواده، توافقات انجام شده رسمیت یافتند. مستنبط از قانون حمایت خانواده سال ۱۳۹۱، قبل از به وجود آمدن اختلاف نیز چنانچه توافقات صورت گرفته در باب حضانت بر خلاف مصلحت کودک باشد، دادگاه به توافق منعقد ترتیب اثر نمی‌دهد (حاجی‌عزیزی و حسنخانی، ۱۳۹۴: ۱۲۷). این قضیه با ماهیت حضانت همسویی دارد و بر خلاف نظم عمومی نیز نیست؛ زیرا حضانت ذاتاً حقی است که به نفع هر یک از ابوين وضع گردیده و با امتناع والدین، به دلیل تراحم با حق کودک، ماهیت آن تکلیف می‌شود. توافقات مذکور در باب حضانت می‌توانند به اشکال زیر باشند.



(نمودار شماره ۱. قراردادهای مربوط به حضانت از منظر منعقدکنندگان و زمان انعقاد)

۱. «هر یک از ابوين دارای حق حضانت، می‌توانستند با تنظیم توافق‌نامه‌ای (عادی یا رسمی)، این حق را به دیگری تفویض نمایند».

این توافقات که بنا بر مصلحت طفل، مابین والدین یا مابین والدین با ثالث صورت می‌پذیرند، می‌توانند در قالب عقودی چون اجاره، وکالت، جعاله، صلح و... منعقد شوند.

## ۱-۱-۲. قرارداد اجاره اشخاص

چون اجاره، عقدی تملیکی است، اجیر با انجام امور مورد نظر، مالک اجرت مذکور می‌گردد و در عوض، منفعت خود را به مستأجر تملیک می‌نماید. حال آیا در باب حضانت، امکان انعقاد اجاره میان والدین با یکدیگر یا با اشخاص ثالث وجود دارد؟ برخی فقها مانند فخرالمحققین معتقدند که حضانت به دلیل جنبه ولایتی اش بر کودک، ماهیت حق ندارد و چون امکان دریافت اجرت وجود ندارد، لذا حضانت اسقاط‌نشدنی است (حاجی‌عزیزی و حسخانی، ۱۳۹۴: ۱۰۷). فقهای چون مقدس اردبیلی (۱۴۰۳: ۸/۸۹)، طباطبایی یزدی (بی‌تا: ۵۰۵/۱) و برخی از فقهای حنفیه (ابن نجیم حنفی، بی‌تا: ۴/۴۵)، اخذ اجرت برای واجبات را حرام دانسته‌اند. اما ادعای فوق ایراداتی دارد: اولاً، «در این خصوص، اجماعی نیست» (ایزدی‌فرد و همکاران، ۱۳۹۵: ۵۳).

ثانیاً، اگرچه اخذ اجرت در واجب عینی جایز نیست، ولی در واجب کفایی، اگر توصلی باشد، جایز است و چنانچه تعبدی باشد، اخذ اجرت جایز نیست (طباطبایی یزدی، بی‌تا: ۵۰۵/۱). عده‌ای دیگر نیز دریافت اجرت به عنوان عوض در اجاره را تنها در باب واجبات کفایی مانند تعلیم قرآن و اذان، بر خلاف واجبات عینی جایز دانسته‌اند (ابن عابدین، ۱۴۱۲: ۳/۶۱۹). از سوی دیگر به گفته کاشف‌الغطاء، مابین واجب بودن صفت با تملک عمل، مغایرت ذاتی وجود دارد (نجفی کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹: ۱/۴۷۱)؛ یعنی خداوند با واجب دانستن عمل (مانند حضانت)، خود بر آن عمل، حق پیدا می‌کند؛ گویی عمل از آن اوست. حال چگونه ماجر می‌تواند با دادن اجرت، مالک آن عمل شود؟ (ایزدی‌فرد و همکاران، ۱۳۹۵: ۵۳)؛ لذا اجتماع مثلین، ضدین و یا متناقضین در شیء واحد پیش می‌آید (ایروانی نجفی، ۱۴۰۶: ۱/۵۱).

ثالثاً، عرفاً کسی در قبال حضانت اجرتی نمی‌گیرد؛ اما عرف بودن امری، دلیل نمی‌شود که نتوان در قبال انجام حضانت اجرت گرفت.

از نگاه فقهای شافعیه، علاوه بر واجبات کفایی، بر انجام واجبات عینی هم اگر



مستلزم زحمت باشد، می‌توان درخواست اجرت نمود. هیتمی در این باره آورده است:

«(فَضَّلَ) فِي مَنَافِعَ لَا يَجُوزُ الْإِسْتِجَارُ لَهَا... (وَلَا) لِفِعْلِ (عِبَادَةٍ تَحِبُّ لَهَا) أَى فِيهَا (بَيْتَهُ) لَهَا أَوْ لِمَتَعَلِّقِهَا بِحَيْثُ يَتَوَقَّفُ أَصْلُ حُصُولِهَا عَلَيْهَا وَلَا يَسْتَحِقُّ الْأَجِيرُ شَيْئًا... أَمَّا مَا لَا تَحِبُّ لَهُ بَيْتُهُ كَالْأَذَانِ فَيَصِحُّ الْإِسْتِجَارُ عَلَيْهِ... وَأَجَارَ الْمُتَأَخَّرُونَ أَخَذَ الْأُجْرَةَ عَلَى الطَّاعَاتِ لِلضَّرُورَةِ» (ابن حجر هیتمی، ۱۳۵۷: ۱۰۰/۷)؛ (فصل) در منافی که عقد اجاره در آن‌ها جایز نیست... از جمله آن‌ها، عبادتی است که نیت و قصد قربت در آن‌ها یا متعلق آن‌ها شرط است (واجبات عینی)؛ به گونه‌ای که اصل انجام این اعمال، متوقف بر قصد قربت می‌باشد، اجیر استحقاق دریافت هیچ چیزی (اجرت و...) را ندارد...؛ اما در عباداتی که قصد قربت در آن‌ها واجب نیست، عقد اجاره در آن‌ها جایز است (و به تبع آن، اجیر نیز مستحق دریافت اجرت خواهد بود)... و همه فقهای متأخر، دریافت اجرت بر انجام واجبات (غیر از واجبات عینی) را اجازه داده‌اند.

به نظر می‌رسد که واجبات در اینجا اطلاق داشته و واجبات توصلی را نیز در بر می‌گیرد و منظور از ضرورت، مفهوم اصطلاحی آن یعنی ضرورت فقهی نیست؛ بلکه حکم عقل ضروری است و آن هم حکم عقل بر قبح اخلال در نظام است. در همین زمینه، زحیلی می‌نویسد:

«ویجوز بالاتفاق الاستیجار علی تعلیم اللغة والأدب والحساب والخط والفقه والحديث ونحوها وبناء المساجد والقناطير والرباطات للضرورة لأنها ليست بفرض ولا بواجب» (زحیلی، ۱۴۱۸: ۵/۳۸۲)؛ همه عالمان، اجرت گرفتن بر آموزش دادن زبان، ادبیات، ریاضیات، خط و فقه و حدیث و مانند آن‌ها و بنای مساجد و پل‌ها و کاروانسراها را جایز دانسته‌اند؛ از آن روی که ضرورت، آن را اقتضا می‌کند و اگر نباشد، کارهای عمومی متوقف می‌شود و این موارد نیز جزء واجبات عینی به شمار نمی‌روند.

آنان معتقدند که اخذ اجرت در کلیه واجبات شرعی (غیر واجب عینی) امکان‌پذیر است؛ لذا اخذ اجرت در حضانت نیز جایز است.

همچنین به دلیل اختلاف در مورد حق و حکم و با عنایت به تأثیری که بر رویه قضایی دارد، برخی معتقدند که حضانت از سوی دارنده حق، قابلیت اسقاط را دارد و بر پایه «إِنَّ كُلَّ صَلَاحٍ جَائِزٌ، إِلَّا مَا حَلَّلَ حَرَامًا وَحَرَّمَ حَلَالًا»، چون توافق زوجین، هیچ حلالی را حرام و هیچ حرام خدا را حلال نمی‌کند، توافق نافذ است (سیدهاشمی، ۱۳۹۳: ۲۰۰).

انعقاد اجاره در باب حضانت و اخذ اجرت، به دو شیوه «میان والدین» و «میان والدین با شخص ثالث» امکان‌پذیر است.

### ۱-۱-۲. انعقاد قرارداد اجاره، میان والدین در باب حضانت فرزندان

اگر امکان انعقاد عقد اجاره مابین والدین وجود داشته باشد و مثلاً مادر به عنوان اجیر تعیین گردد، باید دید که آیا امکان اخذ اجرت برای مادر وجود دارد یا نه؟ صاحب جواهر، اولین فقیهی است که با استناد به حق بودن حضانت، اخذ اجرت بر حضانت را جایز دانسته است (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۸۳/۳۱). محقق خویی معتقد است:

«مادر اگر قصد حضانت و اخذ اجرت را داشته باشد و کسی رایگان، حضانت را برعهده نگیرد، مادر در قبال انجام حضانت، می‌تواند اجرت بگیرد» (موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۴۴).

برخی از فقهای معاصر نیز همین نظر را دارند (ر.ک: طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰: ۳۰۳/۲؛ بَجیرمی شافعی، ۱۴۴۰: ۱۰۴/۴؛ ابن نجیم حنفی، بی‌تا: ۱۸۱/۴). سبزواری معتقد است که اگر انجام حضانت، مستلزم هزینه‌ای باشد، جزء نفقه بوده و پرداخت آن ابتدا بر کودک، و در صورت نداشتن دارایی بر پدر وی واجب است (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۸۰/۲۵). البته بحث از اجرت حضانت، آنجا مطرح است که مادر کودک، فقط برای خود عمل حضانت، درخواست حق الزحمه نماید. کمیسیون استفتائات شورای عالی قضایی نیز در سال ۱۳۶۴ آورده است:

«چنانچه زوجه، حاضر به قبول حضانت به طور مجانی یا با اجرة‌المثل یا کمتر از آن باشد، مادر اولی به حضانت است از دیگران. اجرت حضانت نیز از مال پدر پرداخت می‌شود و هر گاه زوجه از قبول حضانت امتناع کند و یا بیشتر از دیگران اجرت بخواهد، مادر را نمی‌توان الزام به حضانت نمود» (مجموعه پاسخ و پرسش کمیسیون استفتائات شورای عالی قضایی، ۱۳۶۳: ۴۳).

در زمان طلاق نیز اگر حضانت با پدر باشد، امکان انعقاد اجاره میان پدر به عنوان دارنده حق و میان مادر در مقام اجیر و برعکس وجود دارد؛ مثلاً در قراردادهای منعقدۀ میان والدین در زمان طلاق، مادر در قبال بخشیدن حقوق مالی خود، خواستار

حضانت پایان یافته فرزند (مثلاً فرزند هشت ساله) خود است. لذا بر طبق این قرارداد، مادر نایب شوهر در اجرای حق حضانت است (در قبال امور مالی)؛ یعنی مادر مالک حق حضانت نمی گردد، بلکه نایب در اجرای حق همسرش می باشد.

### ۲-۱-۱-۲. قرارداد اجاره میان حضانت کننده با شخص ثالث

والدین می توانند در باب اجرای حق حضانت (بدون اسقاط یا واگذاری خود حق) اجیر بگیرند؛ مثلاً والدین در باب نگهداری و تربیت، می توانند طفل را به شخص ثالث و یا یک مهد کودک بسپارند. اما اجاره به معنای سلب حق والدین نیست. منتظری معتقد است:

«واگذاری حضانت نیابتاً به شخص ثالث (از سوی هر والدی) مانعی ندارد» (منتظری نجفآبادی، بی تا: ۴۰۳/۳).

اما ولایت پدر و مادر در جای خود باقی است و ساقط نمی شود (اصفهانی، ۱۳۹۳: ۲). بر طبق نظریه ۱۳۸۰/۴/۱۳-۷/۳۶۶۳ اداره حقوقی قوه قضاییه نیز هر یک از ابوبین دارای حق حضانت، می تواند با تنظیم توافق نامه ای (عادی و رسمی)، این حق را به دیگری تفویض نماید. هنگامی که یکی از والدین (در زمان زوجیت یا جدایی) بخواهد اجرای حق حضانت خود را در قالب اجاره به همسرش یا ثالث بدهد، باید این موارد را رعایت کند: - مدت زمانی که می تواند عقد اجاره را ببندد تا زمانی است که دارای حق حضانت باشد؛ مثلاً مادر در باب حضانت فرزند پسر، نمی تواند قراردادی بیشتر از دو سال با اجیر ببندد.

- باید وظایف اجیر را کاملاً برایش شرح نماید.

- او می تواند هر گونه شرط و تعهدی برای اجیر قرار دهد (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵ الف:

۵۳-۱۵).

- او می تواند اجرای حق حضانت را به اجیر خاص یا عام بسپارد (جمعی از پژوهشگران،

۱۴۲۶: ۲۶۱/۱).

- عقد اجاره با مرگ هر یک از دو طرف باطل نمی شود.

- اجیر اگر کوتاهی نکند، ضامن نیست (عاملی جعی، ۱۴۱۳: ۳۳۰/۴).

شخصی که کودک به او سپرده شده، می‌تواند اعمال عادی زندگی کودک را انجام دهد و برای انجام دادن اعمال غیر معمول و مهم‌تر باید رضایت والدین را جلب کند. همچنین از نحوهٔ عموم و اطلاق مواد یادشده در قانون کار برمی‌آید که هر نوع قراردادی که مستلزم به کارگیری اشخاص توسط دیگری (کارفرما) باشد، در حیطة مقررات قانون کار خواهد بود (مواد ۳-۱) و چه بسا باید به این نظریه گرایش پیدا کرد که مفاد مقررات قانون مدنی، کاربردی ندارد و در اینجا باید از قانون کار تبعیت نمود (عراقی، ۱۳۷۴: ۷۴). لذا چه بر این نظریه باشیم و چه مبنای ما آن باشد که بحث اجارهٔ اشخاص، منافاتی با مقررات قانون کار ندارد، مقررات قانون کار، مکمل آن است و باید به مسئلهٔ اجیر کردن یا استخدام شخصی جهت حضانت طفل از دیدگاه حقوقی نگریست و قرار دادن حضانت در محدودهٔ عقد اجاره اشکالی ندارد؛ زیرا شرط مباشرت صاحب حق، در هیچ یک از مقررات قانونی حضانت نیامده است و با عدم وجود منع قانونی و استناد به اصل جواز، می‌توان شخصی را اجیر نمود و مقررات آن هم تابع عمومات مقررات قانون مدنی و قانون کار خواهد بود. نکتهٔ دیگر آنکه در اجارهٔ اشیاء (به استثنای حق کسب و پیشه و سرقفلی)، منعی در اینکه مستأجر در مدت اعتبار عقد، اجارهٔ آن را به دیگری واگذار کند، وجود ندارد، مگر اینکه این حق در ضمن عقد از او سلب شده باشد (امامی، ۱۳۷۷: ۱۲۱/۱)؛ ولی در اجارهٔ اشخاص، اگر موضوع اجاره به گونه‌ای باشد که شخصیت و کیفیت اجیر مهم باشد، مثل معلم، پزشک، تعمیرکار، که اجیرکننده بر طبق آن شرایط، عقد اجاره را منعقد می‌کند، حتی اگر ضمن عقد هم تصریحی به عدم انتقال آن به دیگری نشده باشد، از عرف حاکم بر جامعه می‌توان دریافت که هدف اجیرکننده، انجام کار توسط شخص اجیر است و لاغیر (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۷۴) و در صورت مهم نبودن شخصیت اجیر برای انجام کار، اگر ضمن عقد هم شرط عدم انتقال به غیر نشده باشد، منعی در انتقال به غیر وجود ندارد. لذا با عنایت به مفاد قانون کار ۱۳۶۹ مبنی بر اینکه حق انتقال به غیر داده نشده است، همچنین از آنجا که حضانت، امری حساس است و صاحب حق، فرد اجیر را با توجه به ویژگی‌های او انتخاب می‌کند، مباشرت شخص وی مهم است و اگر هم در ضمن عقد به آن تصریح نشده باشد، وی حق انتقال به غیر را ندارد و می‌توان مادهٔ ۲۲۵ ق.م.

را هم در این زمینه جاری دانست. همچنین برخی از فقهای امامیه معتقدند که اجاره اشخاص به مدت طولانی یا بدون ذکر مدت جهت حضانت کودک باطل است و قرارداد انعقادی، جعله است؛ زیرا در عقد اجاره، مدت اجاره و اجرت باید مشخص باشد و عدم تعیین پایان اجاره و عدم مشخص بودن اجرت، منجر به غرر می شود و معامله غرری، مورد منع شارع است (نجفی، ۱۴۰۴: ۲/۲۳۵).

## ۲-۱-۲. قرارداد وکالت در باب حضانت فرزند

اهمیت عقد وکالت در موضوع حضانت از آنجاست که اگر وکالت، نمایندگی در انجام امور حقوقی باشد، حضانت اصولاً موضوعی برای عقد وکالت نخواهد بود؛ زیرا مقتضای قرارداد حضانت، نگهداری است که یک امر مادی است نه حقوقی؛ اگرچه برخی از حقوق دانان وکالت را شامل هم امور مادی و هم امور حقوقی می دانند (امامی، ۱۳۷۷: ۲۳۴). این در حالی است که قانون مدنی در ماده ۶۶۵ ابراز می دارد که وکیل در بیع، وکیل در قبض ثمن نیست، مگر اینکه تصریح شده باشد؛ چون قبض ثمن، امری مادی است و شاید بتوان گفت که وکالت در انجام امور غیر مالی مانند حضانت نیز امکان پذیر باشد؛ چرا که اولاً موکل، کسی است که صاحب حق است و قانوناً می تواند این حق را اعمال کند (ماده ۶۲۲ ق.م.). ثانیاً وکیل هم شخصی دارای اهلیت است (ماده ۶۲۲ ق.م.)؛ چون حضانت مستلزم مباشرت شخص صاحب حق نیست و می تواند با واسطه هم صورت گیرد. بنابراین نه تنها پدر یا مادر می توانند به عنوان وکیل صاحب حق انتخاب شوند، بلکه شخص ثالث و احد شرایط هم توانایی چنین کاری را دارد. لذا بر مبنای پذیرش امکان قرارداد وکالت در امر حضانت، ممکن است که والدی (مثلاً مادر) در قبال ساقط نمودن برخی از حقوق مالی خود، وکالت در امر نگهداری طفل را بر عهده بگیرد که در این مورد، مباشرت وکیل شرط انجام وکالت است و وکیل نمی تواند امر نگهداری را به دیگری وکالت دهد، مگر در صورت شرط (پورمسجدیان و عباسی آبکناری، ۱۳۹۶: ۱۳۹). همچنین ولایت پدر تا آنجاست که به مصلحت طفل باشد. حال آیا پدر می تواند قسمتی از اختیارات خود را به دیگری (همسر یا ثالث) واگذار نماید؟ در جواب باید گفت که ولایت پدر، حکمی الهی است و قابلیت انتقال و یا اسقاط را ندارد؛ اما

در صورت مصلحت، برای اجرای آن می‌تواند به دیگری وکالت دهد. البته پدر نمی‌تواند دیگری را وکیل کند و مثلاً بگوید که تو هر چه در مورد اموال فرزند من به مصلحت دیدی، انجام بده، مگر اینکه این توکیل به مصلحت فرزند باشد؛ مثلاً اگر امور مالی فرزند در ید این وکیل باشد، به جهت خبره بودن، بهتر از اموال فرزند نگهداری می‌شود و یا اینکه سود بیشتری به فرزند می‌رسد. مکارم شیرازی معتقد است:

«در عقد وکالت، استفاده از خادم و کمک کار برای نگهداری طفل با نظارت خود ابویین مانعی ندارد؛ اما نه به صورت کامل» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۲۶۶/۳).

لذا در این واگذاری، اختیارات به موارد مشخصی در حکم قضایی محدود هستند (کریمی و محسنی، ۱۳۹۳: ۳۲۱). این اعطای وکالت در باب حضانت، ممکن است که در زمان زوجیت ابویین باشد. در رساله استفتائات منتظری آمده است که واگذاری حضانت نیابتاً به سرپرست جدید (شخص ثالث)، از سوی پدر یا مادر مانعی ندارد (منتظری نجف‌آبادی، بی‌تا: ۴۰۳/۳)؛ مثلاً ابویینی که فرزندان زیادی دارند و به دلایلی (مانند مشکلات اقتصادی)، قادر به نگهداری از همگی آنها نیستند، می‌توانند با توافق یکدیگر، حضانت یک یا دو بچه را به کسانی که بچه ندارند (سرپرست جدید) واگذار کنند و در عوض، اجرتی را به طرف مقابل بپردازند؛ اما ولایت پدر و مادر همچنان در جای خود باقی است و ساقط نمی‌شود (اصفهانی، ۱۳۹۳: ۲). واگذاری سرپرستی در موارد مزبور به صورت عقد لازم با شرط ضمن عقد لازم یا شرط خارج از عقد نیز امکان‌پذیر است (منتظری نجف‌آبادی، بی‌تا: ۳۷۷/۳). محمدی خراسانی سپردن طفل به دایه را از جمله موارد نیابت حضانت می‌داند:

«چون دایه و پرستار، مورد اطمینان‌اند، اجرای حضانت فرزند را به وکالت و تحت نظارت ابویین برای مدتی معلوم به عهده می‌گیرند» (محمدی خراسانی، بی‌تا: ۵۵۸/۵).

در این باره در شرح تبصرة المتعلمین آمده است که زن حق دارد شوهر را از آوردن دایه باز دارد و نگذارد که کسی غیر خودش، فرزند را شیر دهد، به شرط آنکه اجرت نخواهد و یا بیش از دیگران مطالبه نکند؛ و الا می‌توانند با توافق یکدیگر، حضانت فرزند را به پرستار یا پرورشگاه بسپارند (همان: ۲۲۶/۲). موارد فوق، حکایت از توافق ابویین در

زمان زوجیت افراد دارد و آثار آنها نیز همان محدوده را در بر دارد. اما در مواردی خاص، توافق زوجین در زمان زوجیت آنان آغاز می‌شود؛ ولی نتایج آن را تا زمان جدایی می‌توان مشاهده نمود. یکی از توافقاتی که به صورت عقد وکالت در باب امر حضانت، امکان انعقاد دارد، شرط وکالت در طلاق است. شرط وکالت در طلاق، با طلاق به عوض متفاوت است. در طلاق به عوض، زوجه حقوقی از خود را به زوج می‌دهد و در عوض از زوج می‌خواهد که او را طلاق بدهد. لذا وفق ماده ۱۱۱۹ ق.م.، زن می‌تواند با توافق زوج، در عقد ازدواج یا هر عقد لازم دیگری شرط کند که در صورت مشاهده هر گونه سوء رفتار با فرزندان او یا عدم تحقق شرط خویش، وکیل در توکیل باشد که پس از تحقق شرط در محکمه، با قبول حضانت فرزندان، از شوهر وکالت در طلاق داشته باشد (امامی، ۱۳۷۷: ۳۷۴/۴). با عنایت به شرط مذکور و توافق اولیة ابوبین در عقد نکاح، پس از تحقق شرط و حکم به تحقق شرط به نفع زن، وی می‌تواند از وکالتش استفاده کند و با تقبل حضانت فرزندان، خود را مطلقه سازد (فیاض، ۱۹۳۴: ۴۵۸)؛ همچنان که می‌تواند از طلاق نیز صرف نظر کند. چون این عقود، تابع اراده طرفین هستند. لذا منظور طرفین از شرط وکالت طلاق زوجه در ضمن عقد و تقبل حضانت فرزندان، طلاق غیر قابل رجوع (بائن) است (امامی، ۱۳۷۷: ۳۷۶/۴) و بدین وسیله اراده زن در امر طلاق نمایان‌تر است (همان: ۴۰/۵)؛ یعنی زن می‌تواند حضانت فرزندان را به واسطه عقد وکالت خود که در عقد ازدواج بسته است، از مرد در ضمن طلاق بخواهد (موسوی گلپایگانی، ۱۳۶۴: ۲۵۷/۲).

### ۳-۱-۲. قرارداد صلح در باب حضانت فرزند

جوهر عقد صلح، نوعی تسالم است؛ هر چند نتیجه این تسالم، ایجاد، انتقال یا اسقاط حق باشد (پورمسجدیان و عباسی آبکناری، ۱۳۹۶: ۱۳۹). با این تعریف، قرارداد واگذاری حضانت می‌تواند در قالب عقد صلح منعقد شود؛ زیرا طی این قرارداد، در قبال واگذاری اجرای حضانت به والد دیگر، حقوقی اسقاط یا امتیازی به دیگری اعطا می‌شود و در نتیجه با ماهیت عقد صلح نیز منافات ندارد. مصالحه طرفین در باب حضانت دو حالت دارد:

### ۱-۳-۱-۲. صلح قبل از طلاق

در این مورد، مثلاً زوج یا زوجه (مُصالح) با طرف مقابل صلح می‌کند که در قبال عوض معین، حضانت طفل را به متصالح واگذار نماید. عده‌ای معتقدند: «اگرچه صلح حقوق بلامانع است، ولی این حقوق باید جنبه مالی داشته باشند؛ مثل حق شفعه، انتفاع و...» (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۱۸۱).

چون حضانت، اولاً حقی غیر مالی است و ثانیاً جنبه تکلیفی دارد، در نگاه اول، قابل مصالحه نیست؛ زیرا چیزی که قابل اسقاط نباشد، قابل مصالحه و نقل و انتقال هم نیست. همچنین وفق ماده ۷۵۴ ق.م.، صلح بر امر نامشروع باطل است و واژه نامشروع در این ماده که مقتبس از فقه است، به معنای خلاف قانون امری است (شمس، ۱۳۸۱: ۱۴۰/۱). لذا صلح بر حق حضانت، چه معوض و چه غیر معوض، باطل است و مسلماً عقد باطل اثری ندارد. چنین صلحی که طرفین، حق حضانت را موضوع صلح قرار داده و در صدد اسقاط یا انتقال خود حق هستند، باطل است. لذا باید گفت که چون حضانت، مطابق قانون مدنی، حق آمیخته با تکلیف است، نمی‌توان آن را موضوع عقود قرار داد؛ بلکه منظور از صلح در اینجا آن است که اجرای حق حضانت، توسط دارنده حق به دیگری واگذار گردد و اصل حق، مورد مصالحه قرار نمی‌گیرد. در استفتائات آیه‌الله بهجت آمده که در زمان زوجیت، زوجه می‌تواند با توافق زوج در قبال بذل تمام یا مقداری از مهریه، حضانت فرزندان دختر بالاتر از هفت سال خود را (بدون نفقه یا با نفقه فرزندان) بر عهده بگیرد (بهجت فومنی، ۱۴۲۸: ۶۷). لذا مادر با بذل، صلح و ابراء حقوق خود می‌تواند حضانت را دارا گردد.

### ۱-۳-۲-۲. صلح هنگام طلاق

در مواردی که زن مایل به طلاق است، برابر ماده ۱۱۴۶ ق.م. می‌تواند با دادن عوض به شوهر، موافقت وی را به انشاء طلاق جلب نماید. در طلاق به عوض، چون زن با دادن حقی از خود، رضایت شوهر را برای طلاق کسب می‌کند، نسبت به خلع و مبارات، وضع دگرگون است و می‌باید از ایقاع و اراده یک‌جانبه فاصله گرفت و به توافق اراده‌ها نزدیک شد. استقرای اجمالی بسیاری از فقها در باب ماهیت قراردادی



طلاق به عوض، دلیل بر مشروعیت آن دارد (ر.ک: سبحانی تبری، ۱۴۱۴: ۳۹۰؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۴۵۴/۲). طلاق به عوض می‌تواند به سه شکل منعقد گردد: صلح، جعاله و هبه معوض.

### ۱-۲-۳-۱-۲. در قالب عقد صلح

با توجه به ماهیت عقد صلح که مبتنی بر تسالم است و در فقه، به آن سیدالعقود می‌گویند، امکان انعقاد هر قراردادی در قالب این عقد مابین زوجین امکان‌پذیر است (اناری و دشتی، ۱۳۹۵: ۶). طلاق به عوض می‌تواند یکی از عوضین عقد صلح به حساب آید. ممکن است که یکی از طرفین در عوض صلح اجرای حق حضانت به طرف مقابل، خواستار طلاق از دیگری باشد. در نتیجه در تمایز با طلاق خلع، دو طرف بدون کراهت و بنا بر توافق، در ازای اسقاط حقی از خود و رسیدن منفعتی به طرف مقابل در عوض آن جدا می‌شوند. بنابراین زن به شوهرش می‌گوید: در ازای رسیدن این منفعت به تو، مرا طلاق بده، و سپس مرد با قبول آن حق، او را طلاق می‌دهد (قمی، ۱۴۲۷: ۴۹۸/۱). مکارم شیرازی می‌گوید:

«شوهر می‌تواند امر طلاق را منوط به انصراف قانونی همسر از حضانت فرزندان کند و حق شرعی خود را در مورد حضانت مطالبه کند» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۳۶۲/۲).

### گلپایگانی نیز معتقد است:

«در صورت اختلاف شدید میان ابویین، آن‌ها می‌توانند توافق کنند که زن مهریه را به شوهر بذل می‌کند و از شوهرش طلاق می‌گیرد و در عوض، از فرزند مشترک حضانت نماید» (موسوی گلپایگانی، ۱۳۶۴: ۴۶).

هرچند در این نوع طلاق، مرد در صورت توافق با زوجه می‌تواند در قبال بذل مهریه زوجه و سپردن حضانت فرزند خردسال برای همیشه به زوجه، وی را طلاق دهد. اما اگر مرد پس از ایام عده (یا چند سالی) که طفل هنوز صغیر است، تقاضای طفل نماید و زوجه نیز تقاضای مهر کند، در صورت توافق طرفین، امکان لغو قرارداد صلح اولیه وجود دارد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۲۶۵/۳). همچنین چنانچه ابویین بعد از طلاق توافق کنند که حضانت فرزندان را به شخص ثالثی واگذار کنند، چنانچه واگذاری مذکور در

عوض وجهی نباشد، امکان بازگشت آن‌ها وجود دارد؛ ولی اگر شرط ضمن عقدی مبنی بر صرف نظر کردن از حق حضانت لحاظ شده باشد، رعایت آن لازم است (بهجت فومنی، ۱۴۲۸: ۱۳۳/۴).

### ۲-۲-۳-۱-۲. جعالة

جعالة از عقودی است که می‌تواند توجیه‌گر ماهیت طلاق به عوض باشد. جعالة شرعاً صیغه‌ای است که نتیجه آن، به دست آوردن منفعت در مقابل عوضی است؛ بدون اینکه علم به عمل و مزد شرط باشد (عاملی جبعی، ۱۳۷۶: ۱۸۳/۲). در جعالة، گذشته از عدم لزوم تعیین عامل، ممکن است عمل مردد و کیفیات آن هم نامعلوم باشد (همو، ۱۴۱۳: ۱۴۷/۱۱). در باب ماهیت جعالة، دو دیدگاه وجود دارد. عده‌ای از فقهای شیعه، جعالة را به دلایلی چون قائم به یک طرف بودن و عدم نیاز به قبول (حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۲۱۴/۱۹) و نیز به دلیل حکم دادن به التزام بر جاعل از سوی عقلا (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰: ۱۳۲/۳)، در شمار ایقاعات می‌دانند و تحقق آن را نیازمند قبول عامل نمی‌دانند (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۸۵/۳۵؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۱۱۶/۲). اما از دید عده‌ای دیگر، «صیغَةُ جعالة، دلالت هر لفظ بر اذن در عمل، در مقابل عوضی است که به آن ملتزم می‌گردد» (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۲۸۵) و برخی بعد از ابراز عقدی بودن جعالة، آن را جایز (عاملی جزینی، ۱۴۱۰: ۹۸)، برخی آن را عقد اذنی (همان) و برخی عهدی تعلیقی نامیده‌اند (حسینی، بی‌تا: ۱۲۳). امکان انعقاد قرارداد جعالة در باب اجرای حضانت، هم در زمان زناشویی و هم در زمان جدایی والدین (حتی با شخص ثالث) وجود دارد. در زمان طلاق، برخی فقیهان فدیة را به عنوان جعل در جعالة پذیرفته‌اند (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۳۹۷/۳)؛ بدین معنا که حضانت می‌تواند عوضی معلوم باشد که به عنوان جعل در ماهیت جعالة قرار گیرد و محوریت جدایی طرفین را به خود اختصاص دهد. لذا مادر بچه می‌تواند مبلغی (نامعلوم) را به پدر بدهد تا حضانت فرزند را به او واگذار کند و مخارج بچه را نیز متعهد گردد. از نگاه امام خمینی، این توافقات اغلب زمانی صورت می‌گیرد که طفل به سنی رسیده که در حضانت پدر قرار دارد. لذا اگر پدر از تعهد خود برگردد، مادر حق ندارد مخارجی را که انجام داده است، مطالبه کند؛ اما حق

مطالبه پولی را که در قبال حضانت به پدر داده است، دارد؛ یعنی مقتضای لغو قرارداد، عودت حضانت و وجه می‌باشد (موسوی خمینی، ۱۳۸۱: ۲۵۷/۲). مثلاً زن بیان می‌دارد که سود بانکی یک سال سپرده‌اش را در قبال طلاق و اعطای حضانت توسط زوج به زوج می‌بخشد. اگرچه ممکن است که سود بانکی در ابتدای قرارداد زوجین مشخص نباشد، اما چون در جعاله، مشخص بودن جعل لازم نیست، عقد جعاله صحیح است. از آنجا که عقد جعاله، ماهیتی جایز دارد، همیشه این نگرانی وجود خواهد داشت که عامل در حین نگهداری و انجام عمل، قرارداد را فسخ نماید که ممکن است مصلحت طفل به خطر افتد. لذا اگرچه امکان فسخ قرارداد توسط عامل وجود دارد، اما عامل، امین محسوب می‌گردد و عمل وی نباید به گونه‌ای باشد که غبطه طفل را دچار آسیب نماید. علاوه بر مسئولیت مدنی و حتی کیفری عامل، می‌توان عقد جعاله را در ضمن عقد لازم شرط نمود و یا حق فسخ عامل را تا پایان مدت قرارداد از وی سلب کرد. این رویکرد جهت حمایت از طفل امکان‌پذیر است.

#### ۳-۱-۲-۳-۲-۳. هبه معوض

از جمله عقودی که می‌تواند در قالب طلاق به عوض باشد، هبه با شرط عوض است. عوض در هبه با شرط عوض، ماهیت مجانی بودن عقد هبه را تغییر نمی‌دهد؛ یعنی عوض در هبه معوض، در مقابل مال موهوب قرار نمی‌گیرد، بلکه شرط در تملیک مجانی است و می‌توان گفت که هبه در مقابل هبه است (امامی، ۱۳۷۷: ۳۸۹/۲). در نتیجه می‌توان گفت که زوج کلیه حقوق مالی خود را به زوج هبه می‌نماید و همسر قبول می‌کند (مفید، ۱۳۱۴: ۶۵۸؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۴۰۸/۲)؛ مشروط بر اینکه زوج، حضانت طفل را به زوج واگذار نماید. در اینجا، واگذاری حضانت به عنوان شرط ضمن عقد هبه مطرح شده و چون اجرای حضانت مذکور در قبال هبه حقوق مالی زوج صورت گرفته است، هبه مذکور صحیح است. از طرفی چون هبه به صورت معوض بوده است (اگرچه عوض دار بودن، ذات هبه را تغییر نمی‌دهد)، لذا هبه غیرقابل رجوع تلقی می‌گردد. این در حالی است که هبه خود حق حضانت، جایگاه حقوقی ندارد. در توضیح این امر باید گفت از آنجا که عینیت از عناصر اصلی عقد هبه است و

حتی حقوق مالی یا طلب فی‌الذمه بدهکار، قابل هبه نیست (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۰۵/۱۷؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۱۸۱/۲) و همچنین بعضی فقها مانند شیخ انصاری، انتقال و هبه برخی حقوق مالی مثل حق شفعه را هم باطل می‌شمرند (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵: ۱۷۱/۹)، لذا هبه حق حضانت، جدا از اینکه حقی غیر مالی و همراه با تکلیف است، اصولاً از شمول تعریف ماده ۷۹۵ ق.م. خارج است. در نتیجه چون مسئله، سالبه به انتفاء موضوع است، بحث هبه حق حضانت، جایگاه حقوقی ندارد.

## ۲-۲. آثار قراردادهای در باب حضانت میان والدین

بر اساس اصل حاکمیت اراده، طرفین با توافق می‌توانند اجرای حق حضانت را به یکدیگر یا به ثالث (حقیقی یا حقوقی) منتقل کنند. اگر قرارداد وکالت منعقد شده باشد (ماده ۱۸۶ ق.م.)، طرفین قرارداد می‌توانند هر زمان بدون تشریفات، آن را منحل کنند؛ مگر آنکه وکالت در ضمن عقد لازمی باشد. در عقد اجاره، با انعقاد قرارداد، مفاد آن لازم‌الاجراست و طرفین توافق، حق بر هم زدن قرارداد را ندارند؛ مگر آنکه حق فسخ برای یکی از طرفین لحاظ شده باشد یا اقاله صورت گیرد. در عقد صلح نیز چنین است. در قرارداد جعاله با توجه به ماهیت قرارداد، امکان فسخ توسط طرفین وجود دارد و عامل می‌تواند هزینه امور را تا جایی که انجام داده، مطالبه کند؛ مگر آنکه حق فسخ ساقط گردد یا نگهداری از فرزند، ضمن عقد لازمی شرط شده باشد. زمانی مسئله ابطال، فسخ یا انفساخ توافق بین والدین مهم‌تر می‌شود که توافقات مذکور، جنبه رسمی و قابل اثبات داشته باشند؛ وگرنه بار اثبات با والدی است که حضانت ابتدا به او واگذار، و سپس از وی گرفته شده است.

## نتیجه‌گیری

عده‌ای معتقدند که حضانت برای والدین ذاتاً حق است و این حق، گاه با حق طفل در تراحم قرار می‌گیرد. لذا قانون‌گذار جهت حفظ مصلحت طفل در صورت امتناع والدین، آن را تکلیف نیز تلقی کرده است؛ اما زمان حق و تکلیف واحد نیست. بر همین اساس، برخی از حقوق‌دانان معتقدند که حضانت، برای دیگران حق است.

بنابراین باید قائل به صحت قراردادهای واگذاری حضانت بود؛ یعنی باید پذیرفت که والدین می‌توانند حق حضانت را به طرف دیگر یا ثالث انتقال دهند. اما به نظر می‌رسد که با تصریح ماده ۱۱۶۸ ق.م. مبنی بر دوگانگی ماهیت حضانت از حیث حق و تکلیف بودن، موضوع توافقات در باب حضانت، خود حضانت نیست، بلکه اجرای حق مذکور است؛ زیرا منظور از حق بودن برای والدین آن است که کسی نمی‌تواند مانع اجرای حق آن‌ها گردد؛ نه اینکه والدین با داشتن این حق، نگهداری طفل را رها نمایند. در نتیجه هر دو جنبه حق و تکلیف وجود دارد و موضوع قراردادهای واگذاری، مسلماً اجرای این حق خواهد بود. قراردادهای مذکور، بسته به زمانشان می‌توانند بین والدین و یا مابین والدین و اشخاص ثالث، مؤسسه مددکاری اجتماعی، مؤسسه‌های خصوصی و... منعقد گردند. یکی از آن‌ها، عقد اجاره است که به دو صورت پرداخت اجرت به مادر و یا استخدام اشخاص (سپردن کودک به مهد کودک و یا استخدام پرستار) امکان‌پذیر است. همچنین چون عقد وکالت، خاص امور مالی نیست و می‌تواند مشمول امور غیر مالی از جمله حضانت گردد، اعطای وکالت به فردی واجد صلاحیت اشکالی ندارد. از طرفی چون در مقابل واگذاری حق حضانت به والد دیگر، حقوقی اسقاط یا امتیازی به دیگری اعطا می‌شود، لذا با ماهیت عقد صلح نیز منافاتی ندارد. صلح بر حق حضانت جایز نیست و باطل است؛ اما اگر موضوع صلح، تنها اجرای حق مذکور باشد، صلح نافذ است. هبه حق حضانت سواى اینکه حقی غیر مالی و همراه با تکلیف است، از شمول تعریف ماده ۷۹۵ ق.م. خارج است و جایگاه حقوقی ندارد؛ ولی در باب هبه به شرط عوض امکان‌پذیر است. در باب عقد جعاله، اگر والدین در قبال نگهداری طفل توافق نمایند که اجرتی (جعل) را به عامل بدهند و این اجرت مشخص نباشد یا ایجاب برای شخص خاصی نباشد، می‌تواند جعاله منعقد گردد و حتی اگر ایجاب برای شخصی خاص باشد، اما جعل به صورت تفصیلی معین نباشد، جعاله امکان‌پذیر است. در حوزه آثار این توافقات، اگر به هر نحوی، امکان اجرای توافق منعقد به وجود نیاید یا در میانه راه به واسطه مانعی، کأن لم یکن گردد، چنانچه توافق در قبال عوض معینی بوده باشد، در صورت اعاده اجرای حق، عوض قرارداد باید اعاده گردد.

## کتاب‌شناسی

۱. ابن حجر هیتمی، احمد بن محمد بن علی، *تحفة المحتاج فی شرح المنهاج*، مصر، المكتبة التجارية الكبرى، ۱۳۵۷ ق.
۲. ابن عابدین، محمد امین، *رد المحتار علی الدر المختار*، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۲ ق.
۳. ابن فارس، ابوالحسین احمد، *معجم مقاییس اللغة*، تحقیق عبدالسلام محمد هارون، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ ق.
۴. ابن منظور افریقی مصری، ابوالفضل جمال‌الدین محمد بن مکرم، *لسان العرب*، تحقیق جمال‌الدین میردامادی، چاپ سوم، بیروت، دار صادر، ۱۴۱۴ ق.
۵. ابن نجیم حنفی، زین‌الدین، *البحر الرائق شرح کنز الدقائق*، قاهره، دار الكتاب الاسلامی، بی تا.
۶. اصفهانی، سید ابوالحسن، *وسيلة النجاة*، قم، چاپخانه مهر، ۱۳۹۳ ش.
۷. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، تهران، کتاب فروشی اسلامیة، ۱۳۷۷ ش.
۸. اناری، محسن، و رحمت دشتی، «ماهیت عقد صلح در قانون مدنی ایران»، دومین کنفرانس بین‌المللی مهندسی و علوم کاربردی، دبی، مدیران ایده پرداز، ۱۳۹۵ ش.
۹. انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین، *کتاب المكاسب*، قم، آل‌البيت، ۱۴۱۵ ق. (الف)
۱۰. همو، *کتاب المكاسب*، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۵ ق. (ب)
۱۱. ایروانی نجفی، علی بن عبدالحسین، *حاشیة المكاسب*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۱۲. ایزدی فرد، علی اکبر، رزاق ادبی فیروزجایی، احمد مرتاضی، و محمد مهدی زارعی، «درخواست اجرت بر حضانت از نگاه فقه اسلامی»، *مطالعات زن و خانواده*، دوره چهارم، شماره ۱ (پیاپی ۷)، بهار و تابستان ۱۳۹۵ ش.
۱۳. بجیرمی شافعی، سلیمان بن محمد بن عمر، *تحفة الحبيب علی شرح الخطیب*، بیروت، دار الفکر، ۱۴۴۰ ق.
۱۴. بهجت فومنی، محمدتقی، *استفتانات*، قم، دفتر معظم‌له، ۱۴۲۸ ق.
۱۵. پورمسجدیان، فاطمه، و فرانک عباسی آبکناری، «سیاست‌گذاری نظام حقوقی ایران در قبال توافقات ابوبن بر سر حق حضانت»، *مطالعات زن و خانواده*، دوره پنجم، شماره ۱ (پیاپی ۹)، بهار و تابستان ۱۳۹۶ ش.
۱۶. تهانوی، محمدعلی بن علی، *موسوعة کشف اصطلاحات الفنون والعلوم*، تحقیق رفیق العجم، بیروت، مکتبة لبنان ناشرون، ۱۹۹۶ م.
۱۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *تأثیراراده در حقوق مدنی*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۲ ش.
۱۸. جمعی از پژوهشگران، *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (علیهم‌السلام)*، زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم‌السلام)، ۱۴۲۶ ق.
۱۹. جوهری، اسماعیل بن حماد، *الصحاح، تاج اللغة و صحاح العربیة*، تحقیق احمد عبدالغفور عطار، بیروت، دار العلم، ۱۴۰۴ ق.
۲۰. حاجی عزیزی، بیژن، محمد مولودی، و راضیه حسنخانی، «نوآوری‌ها و چالش‌های حق حضانت زنان در پرتو قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱»، *فصلنامه مطالعات راهبردی زنان*، دوره هجدهم، شماره ۷۰، زمستان ۱۳۹۴ ش.
۲۱. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، قم، مؤسسه آل‌البيت (علیهم‌السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.

۲۲. حسنی، هاشم معروف، نظریة العقد فی الفقه الجعفری، بیروت، مکتبه هاشم، بی تا.
۲۳. حسینی روحانی قمی، سید محمد صادق، فقه الصادق علیه السلام، قم، دار الکتب، ۱۴۱۲ ق.
۲۴. حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح بن علی، العناوین الفقهیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۲۵. خورسندیان، محمدعلی، و حایه ذاکری نیا، «اواکوی اراده، قصد و رضا در فقه اسلامی و حقوق ایران»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال اول، شماره ۱، زمستان ۱۳۸۸ ش.
۲۶. دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۴۲ ش.
۲۷. زحیلی، وهبه بن مصطفى، الاسرة المسلمة فی العالم المعاصر، دمشق، دار الفکر، ۱۴۱۸ ق.
۲۸. سبحانی تبریزی، جعفر، نظام الطلاق فی الشریعة الاسلامیه، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۴ ق.
۲۹. سید هاشمی، سید محمد اسماعیل، «بررسی حق و حکم در حضانت، نفقه و رجوع در طلاق»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره هفدهم، شماره ۶۷، پاییز ۱۳۹۳ ش.
۳۰. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، تهران، دراک، ۱۳۸۱ ش.
۳۱. شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادهای تعهدات، تهران، مجد، ۱۳۸۰ ش.
۳۲. صدوق، محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، من لایحضره الفقیه، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۳۳. طاهری، حبیب الله، حقوق مدنی، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۱۸ ق.
۳۴. طباطبایی حکیم، سید محسن، منهاج الصالحین، بیروت، دار التعارف، ۱۴۱۰ ق.
۳۵. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم بن عبدالعظیم، العروة الوثقی، تهران، المکتبه العلمیه الاسلامیه، بی تا.
۳۶. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، تهران، المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ق.
۳۷. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیه، نجف، جامعه النجف، ۱۳۷۶ ق.
۳۸. همو، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۳۹. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین مکی، القواعد و الفوائد فی الفقه و الاصول العربیه، قم، کتاب فروشی مفید، ۱۴۱۰ ق.
۴۰. عراقی، عزت الله، حقوق کار، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۴ ش.
۴۱. فخرالمحققین حلی، ابوطالب محمد بن حسن بن یوسف، ابصاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق.
۴۲. فراهیدی، خلیل بن احمد، کتاب العین، چاپ دوم، قم، هجرت، ۱۴۱۰ ق.
۴۳. فیاض، محمد اسحاق، توضیح المسائل آیه الله فیاض، قم، مجلسی، ۱۹۳۴ م.
۴۴. قمی، میرزا ابوالقاسم بن محمد حسن، جامع الشتات فی اجوبه السؤالات، تهران، کیهان، ۱۴۱۳ ق.
۴۵. همو، رسائل المیزان القمی، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۷ ق.
۴۶. کاتوزیان، ناصر، عقود معین، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۰ ش.
۴۷. کریمی، عباس، و الهه محسنی، «موانع اجرای حضانت در فقه امامیه، حقوق ایران و حقوق فرانسه»، نشریه فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال چهل و هفتم، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۳ ش.
۴۸. مجموعه پاسخ و پرسش کمیسیون استفتائات شورای عالی قضایی، تهران، دفتر آموزش دادگستری جمهوری اسلامی، ۱۳۶۳ ش.

۴۹. محمدی خراسانی، علی، شرح تبصرة المتعلمين، بی جا، بی نا، بی تا.
۵۰. مغنیه، محمدجواد، الفقه علی المذاهب الخمسه، چاپ دهم، بیروت، دار التیار جدید - دار الجواد، ۱۴۲۱ ق.
۵۱. مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری بغدادی، المقنعه، بیروت، دار المفید، ۱۴۱۴ ق.
۵۲. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان الی احکام الایمان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۵۳. مکارم شیرازی، ناصر، استفتانات جدید، چاپ دوم، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب (علیه السلام)، ۱۴۲۷ ق.
۵۴. منتظری نجف آبادی، حسینعلی، رساله استفتانات، قم، بی نا، بی تا.
۵۵. موسوی خمینی، سیدروح الله، استفتانات، قم، جامعه مدرسین، ۱۳۸۱ ش.
۵۶. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، اجود التقریرات، تقریر دروس محمدحسین غروی نائینی، قم، مصطفوی، ۱۳۶۸ ش.
۵۷. همو، منهاج الصالحین، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۰ ق.
۵۸. موسوی سبزواری، سیدعبدالاعلی، مهذب الاحکام فی بیان الحلال والحرام، قم، المنار، ۱۴۱۳ ق.
۵۹. موسوی گلپایگانی، سیدمحمدرضا، مجمع المسائل، قم، مؤسسه دار القرآن، ۱۳۶۴ ش.
۶۰. نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۶۱. نجفی خوانساری، موسی بن محمد، منیه الطالب فی شرح مکاسب، تقریرات دروس محمدحسین غروی نائینی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۴ ق.
۶۲. نجفی کاشف الغطاء، محمدحسین بن محمدرضا، تحریرالمجله، نجف اشرف، المكتبة المرتضویه، ۱۳۵۹ ق.



## شرایط غیر مصرح صحت و اعتبار شرط در قانون مدنی\*

- رضا مقصودی<sup>۱</sup>
- سیدمصطفی محقق داماد<sup>۲</sup>
- سیدمهدی علامه<sup>۳</sup>
- علیرضا مظلوم رهنی<sup>۴</sup>
- هرمز اسدی کوه‌باد<sup>۵</sup>

### چکیده

ماده ۱۹۰ قانون مدنی ایران درباره شرایط اساسی صحت معامله و راجع به

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۴/۲۹ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۷/۹.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد اصفهان (خوراسگان)، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران (maghsoudi99@gmail.com).
۲. استاد گروه حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول) (mostafa.ahmadabadi@gmail.com).
۳. استادیار گروه حقوق، واحد اصفهان (خوراسگان)، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران (sm\_allameh@khuisf.ac.ir).
۴. استادیار گروه حقوق، واحد شهرقدس، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران (dr.mazloom14@yahoo.com).
۵. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد رامهرمز، دانشگاه آزاد اسلامی، رامهرمز، ایران (asadi.koohbad@gmail.com).

توافقات مستقل و اصلی بوده و قانون گذار در سرایت این شرایط به شروط ضمن عقد تصریح ندارد. سکوت قانون مدنی در دامنه شمول ماده ۱۹۰ نسبت به شروط ضمن عقد، موجب اختلاف نظر بین حقوق دانان گردیده است. از طرفی مواد ۲۳۲ و ۲۳۳، شرایط اختصاصی صحت شرط را بازتاب داده است؛ اما این شرایط نسبت به زمان حاضر کامل و کافی نبوده، پاسخ گوی مسائل نوظهور در این عرصه نیست. تغییر شرایط و ظهور پدیده‌های تازه اجتماعی، ضرورت توسعه و بازنگری در شرایط صحت شرط را می طلبد.

در طرح پیش روی با استفاده از روش توصیفی - تحلیلی، شرایط اختصاصی صحت شرط با تأسیس دو شرط اجتهادی و بدیع یعنی لزوم سازگاری شرط با قواعد زیربنایی و مرور زمان تکمیل و تشریح شده است. همچنین در شرایط عمومی صحت شرط (اعتبار شرط)، نظریات تازه بر مبنای فقه امامیه و حقوق مدنی ایران، کانون مطالعه قرار گرفته است؛ به نحوی که شرط ضمن عقد در شرایط اساسی (به کلی یا در برخی عناوین) تابع قواعد عمومی قراردادها می باشد. **واژگان کلیدی:** شرط ضمن عقد، شرایط صحت شرط، شرایط اعتبار شرط، احکام زیربنایی.

### مقدمه

اهمیت پرداختن به حلقات مفقوده شرط و فایده و اثر یافته‌های پژوهش حاضر به واسطه آن است که دواعی و مقاصد عاقدین اعم از سلبها و منعها، تحمیلها و تحصیلها، الزامات و التزامات، تحدیدها و اضافات و نیز کاستن یا افزودن آثار و نتایج عقد، جملگی محصول عاملی به نام «شرط» است. تحولات نوین در قراردادها، اهمیت و ضرورت پرداختن به این موضوع را مضاعف کرده است؛ چرا که به نظر می رسد دایره مواردی که مراد مشترک طرفین به شرط تعلق گرفته و عقد به عنوان قالب یا پوسته‌ای برای لزوم بخشی به شرط متعلق قصد واقع می شود، رو به تزیادی چشمگیر است. به واقع در بسیاری موارد، نقش شرط در قصد مشترک طرفین بیشتر و مهم تر از تأثیر قرارداد در روابط متعاقدين جلوه می کند؛ خاصه در عقود موسوم به مغابنه یا مخاطره که برتری جویی و مزیت طلبی در گرفتن امتیازات و افزودن حقوق یا تحمیل خواسته‌ها و تحدید مسئولیتها از طریق شرط حاصل می شود. به گفته ابن قیم جوزیه

در کتاب *اعلام الموقّعين*، وفای به شرط در روابط مردم مانند نذر در برابر خداوند واجب است. همان طور که هر امر مباحی با نذر واجب می‌شود، هر فعل یا ترک فعل نیز با اشتراط، لزوم وفا می‌یابد. «مقاطع الحقوق عند الشروط» یعنی ادای حقوق و نگاه داشتن احترام مال و حق مردمان، جز با وفای به شروط و ملاحظه مفاد التزام و تعهدی که انسان سپرده است، حاصل نمی‌شود. ایشان می‌گویند وقتی خلف وعده مجرد نشانه نفاق شمرده شده، تخلف از شرط به طریق اولی مصداق دروغ و خیانت و فریب است (ابن قیم جوزیه، ۱۴۱۱: ۳). لذا در این تحول نگاه سنتی به شرط و فرعی و تبعی تلقی کردن آن یا تبعیت محض شرط از عقد در صحت و فساد و نیز تسری فساد از شرط به عقد مورد چالش و تردید جدی قرار می‌گیرد.

امروزه با پیشرفت و پیچیدگی روابط اجتماعی، دامنه تعهدات و التزامات، وسعت و عمق چشمگیری یافته است. پیدایش عناوین و پدیده‌های نوظهور بر اهمیت شروط ضمن عقد افزوده است. در این رهگذر، کمتر قراردادی را می‌توان یافت که مصون از درج شرط در ضمن آن بماند و این، حکایت از یک نیاز اجتماعی دارد که با توسعه روابط اجتماعی و قراردادی تشدید شده است. اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها نیز این امکان را برای متعاقدين تسهیل و در درج شروط مطلوب از حمایت قانونی بهره‌مند ساخته است.

## ۱. شرایط نامذکور صحت شرط در قانون مدنی (اختصاصی)

### ۱-۱. سازگاری با اصول و قواعد زیربنایی

در گذر زمان و طی قرون با پیدایش نیازها و اقتضات تازه در هر عصر، مسائل فقهی نیز دچار دگرگونی و تحول گردید. شرایط صحت شرط نیز در ابتدا چشمگیر و قابل ملاحظه نبود. بر اثر تطورات و مسائل نوظهور اجتماعی، فقها یکی پس از دیگری به مشکلاتی برخوردند که لزوم توسعه دامنه این شرایط را می‌طلبید. لذا تغییر شرایط و ظهور پدیده‌های تازه، ضرورت توسعه و بازنگری در شرایط صحت شرط را اقتضا دارد. از این روی در هر عصر و نسلی، شرایط جدیدی اضافه شده است. این حلقه به دنبال

درک چنین ضرورتی تدوین گردیده است. تبیین این بخش مبتنی بر ترسیم مسائلی است.

بحثی در فقه مطرح است که احکام شرعی، در چه صورتی با عناوین ثانویه و عوارض جدید تغییر می‌کنند؟ آیا می‌توان در وضعیت و حالتی چون عسر، حرج، ضرر ناروا، ضرورت، اضطرار، امر والد، تقیه، مصلحت تسهیل، مصلحت امنیت و یا با تأسیسی چون شرط، نذر، قسم و عهد، احکام اولی را تخصیص زده، تغییر داد؟ ضابطه اجمالاً به این مسئله برمی‌گردد که بدانیم در چه مواردی، حکم شرعی به موضوع بدون لحاظ عوارض و طواری تعلق گرفته و چه مواقعی بر موضوع با هر عارضه و حالتی بار شده است. اگر احراز شود که شارع حکم را به شرط عدم عوارض و پیشامدها بر موضوعی پیاده کرده، تغییر احوال به عنوان ثانوی از باب حکومت یا ورود بر دلیل اول مقدم است؛ چرا که حکم اولیه مقید به عدم این حالات وضع شده است. پس اگر در موردی، موضوع به واسطه یک عنوان ثانوی تغییر کرد، دگرگونی موضوع حکم تازه‌ای می‌طلبد و اینجا عناوین ثانویه بر حکم اولی مقدم می‌شود. به این اعتبار، خود شرط نیز یک عنوان ثانوی است. مؤذای دلیل «المؤمنون عند شروطهم» آن است که شرط می‌تواند برخی احکام مثل مباحات را تغییر دهد. لذا حدیث آنگاه معنا می‌یابد که با درج شرط در قرارداد بتوان حکمی را تغییر داد، مانند شرط ضمان در عاریه و اجاره؛ در غیر این صورت شرط، لغو و بی‌تأثیر است.

حقوق نیز مانند دیگر علوم، اصولی دارد و فروعی. رد و نقض اصول، بنیان حقوق را بر هم می‌زند؛ اما نپذیرفتن فروع به اساس حقوق خللی نمی‌رساند.

«اصول حقوقی از دل جنگل پرشکوه فرهنگ زنده اجتماع بیرون می‌آید و فروع حقوقی از درون باغچه دستچین قانون. اصول، احساس ساده متعارف مردم است و قواعد، تعقل پراذعای صنف حقوق دانان. اصل حقوق آن است که متعارف مردم (اصحاب دعوی) و عرف قاضیان فهم می‌کنند (عقل حقوق)، نه آنچه قانون یا صاحب نظران حقوق می‌گویند (علم حقوق)» (جعفری تبار، ۱۳۹۶: ۴۷).

بنابراین قواعدی چون: نفی ضرر و نفی عسر و حرج، که در مواردی سبب ارتفاع حکم لزوم قرارداد جهت تعدیل روابط معاملی است، در کنار اصول کلی حقوق کنونی

که حاکم بر احکام‌اند و نه تابع آن‌ها، مانند: اصلِ عدالتِ معاوضی که موازنه حقوق متعاقدین و تعادلِ عوضین در عقود معاوضی را تأمین می‌کند و اصلِ معقول و عقلایی بودن تراضی که در فقه از آن به شرطیت منفعت معقول و مشروع یاد شده است و اصل حقوقی حریت (ماده ۹۶۰ ق.م.) به معنای ضدیت با هر چیزی که انسان را به سخره می‌گیرد یا مسخر خود می‌کند یا مسخره خود می‌سازد و اصلِ منع سوء استفاده از حق در فقه و حقوق و عموماتی مثل: «تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» و «منع اکل مال به باطل» و منع دارا شدن غیر عادلانه و مبانی حقوق نوین از قبیل: نهجِ اعتدال، اخلاقِ حسنه، نظم عمومی، کرامت انسانی و سنت‌های اجتماعی، می‌طلبد که همه مواد و مقررات قانونی و تفاسیر ارائه‌شده، مُحاط در چنین اصول و قواعد حقوقی باشند که از آن به کنترل قواعد فرودست به وسیله قواعد برتر تعبیر شده است. هیچ قاعده‌ای در نظام حقوقی، از شمول اصل کنترل و پیروی قواعد تالی از اصول عالی خارج نیست. به مهم‌ترین این قواعد عالی اشاره می‌شود:

### ۱-۱-۱. عدل

وجوب عدل و حرمت ظلم، روح و گوهر قوانین اجتماعی، و احکام مربوط به مصادیق عدل و ظلم، به منزله قالب و صدف آن است. از نظر شهید مطهری عدالت مبنا و اساس سایر احکام است که باید حضورش در همه شاخ و برگ‌های فقه دیده شود. ایشان در کتاب *عدل الهی* بیان می‌دارد که در قرآن، اصول دین و آرمان‌های فردی و اجتماعی بر پایه عدل برقرار شده و همدوش توحید، رکن معاد، فلسفه تشریح و امامت و معیار کمال و سلامت جامعه انگاشته شده است (مطهری، ۱۳۸۷: ۳۷). او در اثر دیگر خود بر این باور است که علمای اسلام با تبیین اصل عدل، فلسفه حقوق طبیعی را بنا نهادند. وی اصل عدل را روح و رکن اساسی تقنین اسلامی می‌داند (همو، ۱۳۹۵: ۲۷۷).

در جوهره اندیشه شهید صدر، عدالت اجتماعی بر محور دو اصل تعادل و توازن اجتماعی و تأمین اجتماعی استوار است (صدر، ۱۴۲۹: ۷۷۳). در این نگاه، نظریه عدالت اسلامی عنصر اصلی مکتب اجتماعی اسلام و نیازمند دخالت مستقیم و حداکثری دولت اسلامی به ویژه در «منطقة الفراغ» است. پرسش اصلی هر متفکر و مصلح

اجتماعی در آغاز آن است که نظام اصلح اجتماعی که بتواند میان منافع فردی و مصالح جمعی انس و الفت ایجاد کند و فرد را در زندگی اجتماعی به سعادت برساند، کدام است؟ (همان: ۳۴). ایشان در تحلیل اقتصاد اسلامی نیز اصل عدالت را یکی از سه رکن اساسی این ساختار، و محور حاکم بر دستگاه توزیع ثروت در جامعه را عدالت اجتماعی شناسایی کرده است که در نتیجه آن، مالکیت ذیل عدالت اجتماعی قرار می‌گیرد. فلسفه دولت صالح، اقامه عدل و استیفای حق است (همان: ۱۵). نظریه حرکت از «روبنا» به «زیربنا» در ابتدای کتاب *اقتصادنا*، به معرفی احکام مندرج در فقه به عنوان لایه روبنایی اشاره می‌کند که می‌تواند منبعی برای کشف معیارهای اصیل و مورد پذیرش اسلام در مسئله عدالت اجتماعی باشد. این دریافت از سوی اندیشمندان دیگر با تعبیری مشابهی چون «درون‌فقهی» و «برون‌فقهی» تأیید و تبیین شده است. محقق داماد در نشستی با موضوع «جایگاه اصل کرامت انسانی در اجتهاد شیعی» در دانشگاه رضوی، با تفسیر اصل کرامت بشری بر این نظر است که دو نوع قواعد فقه وجود دارد؛ یک قواعد درون‌فقهی مانند «لا ضرر ولا ضرار» که در عرض یکدیگرند. اما یک اصولی وجود دارند که اسمشان را قواعد نمی‌گذاریم و اصولی هستند که در طول این قواعد و مقدم بر آن هستند و به عبارتی برون‌فقهی هستند، مانند اصل عدالت؛ چرا که تمام اصل شریعت برای اجرای عدالت تلاش می‌کند و تمام فلسفه نبوت و ارسال رسل برای اجرای عدالت است. پس این نمی‌تواند یک قاعده درون‌فقهی باشد و بیرون و پیش از فقه قرار دارد.

به نظر برخی فقیهان، عدل که علت فرستادن پیامبران و کتب الهی است، یک اصل در تمام قراردادها محسوب می‌شود:

«وَالْأَصْلُ فِي الْعُقُودِ كُلِّهَا إِنَّمَا هُوَ الْعَدْلُ الَّذِي بُعِثَتْ بِهِ الرُّسُلُ وَأُنزِلَتْ بِهِ الْكُتُبُ»  
(ابن قیّم جوزیه، ۱۴۱۱: ۲۹۲).

بنابراین شرط نیز باید با این منظومه فکری هماهنگ بوده و از مدار اعتدال خارج نشود؛ برای نمونه، موارد زیر را می‌توان از جمله شروط باطل برشمرد:

- وجه التزامهای گزاف و نامتناسب با قرارداد که به جهت مغایرت با اصول حقوقی باطل است. چنانچه در دعوایی، دادگاه تعیین وجه التزام ۳۰۰ میلیونی را در قراردادی

که ارزش اقتصادی آن حسب ثمن تعیین شده معادل ۳۴۰ میلیون می‌باشد، مغایر اصول حقوقی و قواعد فقهی دانسته و نظر به بطلان آن داده است.

مثال وجه التزام، گواه خوبی است بر اینکه یک قاضی با ذهن ساختارگرا نسبت به دادرسی پسا ساختارگرا در قضیه واحد به دو گونه مختلف حکم می‌رانند. به لحاظ اهمیت موضوع و تأثیر آن در اثبات ادعا، عبارت یکی از حقوق دانان عیناً نقل می‌شود: «ذهن کودک پیش از مدرسه، بی ساخت است؛ زیرا معلمان هنوز به آن شکل نداده‌اند. اما در جریان آموزش‌ها ذهن او قالب می‌گیرد و آنگاه سعی او برای رهایی دوباره از این ساخت‌ها، تلاشی پسا ساخت‌گرایانه است. از جوانی که هنوز حقوق نخوانده، می‌پرسیم آیا درست است که کسی در قراردادی صد هزار تومانی بپذیرد که در صورت تخلف، مبلغ یک میلیارد تومان به طرف مقابل بپردازد؟ بی‌گمان کمتر کسی الزام‌آور بودن این شرط را خواهد پذیرفت و آن را قمار با مال خود خواهد دانست. اما اگر همین شخص حقوق بخواند، کلیشه ماده ۲۳۰ قانون مدنی در ذهن او همچون اصلی درست و جاودان ثبت می‌شود و دیگر حاضر نیست اگر قاضی شد، از آن دست بکشد. اما دادرسی که به آن سوی ساختارها نظر می‌افکند، در پی مفرد و تفسیری دیگر برای این ماده است تا از حدت آن بکاهد و آن را به معنی معقولش نزدیک کند» (جعفری‌تبار، ۱۳۹۶: ۲۲۶).

نمونه تفسیر پسا ساختارگرا، دادنامه شعبه ۱۱ دادگاه تجدیدنظر استان فارس است که مستشاران، رأی دادگاه بدوی در قسمت شرط وجه التزام را با تقلیل و تعدیل وجه التزام روزانه از چهار میلیون ریال به یک میلیون ریال اصلاح نموده‌اند، زیرا:

«تعیین خسارت روزانه چهار میلیون ریال با لحاظ کل ثمن معامله، بسیار گزاف و خلاف انصاف و عدالت معاوضی و غیر عادلانه به نظر می‌رسد. بنابراین هیئت دادگاه مستفاد از حکم کلی منعکس در مواد ۲۷۷ و ۶۵۲ قانون مدنی که قائل به تعدیل تعهدات قراردادی توسط دادگاه گردیده و قواعد فقهی نفی عسر و حرج و لاضرر با تعدیل و تقلیل وجه التزام روزانه از چهار میلیون ریال به یک میلیون ریال، دادنامه تجدیدنظرخواسته را با اصلاح به عمل آمده، تأیید و اعلام می‌نماید» (دادنامه شماره ۹۵۰۹۹۷۷۱۲۰۱۰۰۸۵۶ مورخ ۱۳۹۵/۰۶/۳۱ شعبه ۱۱ دادگاه تجدیدنظر استان فارس).

- رعایت اصل عدالت در چند همسری مورد تصریح قرآن کریم قرار گرفته است:

﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾؛ لذا توافق بین مرد با زن دوم در قالب شرط ضمن عقد بر اینکه زن دوم در شرایط نامساوی با زن اول زندگی کند، باطل است (مطهری، ۱۳۹۵: ۳۵۶).

- مرجع تشخیص مصادیق عدل و ظلم، ارتکاز عقلاست. چنانچه امام خمینی به درک عقلی و فهم عرفی، حیل باب ربا را رد کرده و آن را مصداق ظلم می‌شناسد. بنابراین اگر در یک قرارداد، شرطی برای فرار از ربا در قالب حيله شرعی گنجانده شود، باطل است؛ زیرا پذیرش حیل ربا مستلزم لغویت احکام است (علی‌اکبریان، ۱۳۹۶: ۲۷۲).

ایرادی که ممکن است بر محور قرار دادن اصل عدالت وارد گردد، آن است که مفهوم عدالت، مقول به تشکیک است. لذا دارای انضباط حقوقی نیست و ملاکی منضبط برای قضاوت به دست نمی‌دهد. بنابراین در استفاده از این عنصر، احتیاط شرط است و شوق به عدالت نباید دستاویزی برای طرد و نفی مبانی گردد. منظور از عدالت، عدالت در چارچوب است نه بی‌چارچوب. از طرفی باید مرز بین عدالت قضایی با اخلاق به خوبی تمییز و ترسیم شود؛ مثلاً نرخ‌گذاری که توسط اصناف، اتحادیه یا عرف بازار در مورد یک کالا یا محصول صورت می‌گیرد، گاهی اوقات از نظر اخلاقی عادلانه نیست، اما ملاک قرار دادن آن با اصل دیگری به نام نظم عمومی برخورد دارد. اگر قیمت واقعی یک کالا ۵۰۰ تومان باشد، اما اتحادیه یا صنف مربوط، آن را ۴۰۰ تومان ارزیابی و قیمت‌گذاری کند و خریداری، آن جنس را به ۴۵۰ تومان بردارد، هرچند فروشنده راضی است، اما این رضایت از منظر اخلاق به لحاظ آن است که صنف مربوط، سطح توقع او را پایین آورده و به قیمت ناعادلانه راضی کرده است. لذا اخلاقی نیست.

### ۲-۱-۱. کرامت انسانی و نفی استثمار

حقوق قراردادهای اسلامی بر آن است که قرارداد بر پایه تعادل منعقد شده، طرفین متحمل ضرر فاحش نشوند. بدین لحاظ چنانچه الزامات متعاقدين دچار عدم توازن و تعادل شده، زمینه استثمار یک طرف را توسط طرف دیگر فراهم آورد، این تراضی بر بنیاد قاعده «منع استغلال» (بهره‌برداری ناعادلانه) فاقد اعتبار است. در فقه امامیه، غبن



یکی از اسباب سازنده نابرابری در عوضین است و استغلال، زمانی است که در یک قرارداد، غبن فاحش وجود داشته باشد، هرچند بیشتر فقها قاعده استغلال را مبتنی بر لاضرر می‌دانند. مبنای اخلاقی قاعده منع استغلال چیزی جز ضرورت تعادل اقتصادی بین عوضین نیست.

حقوق مربوط به شخصیت، مانعی بر راه نفوذ و اعتبار شروط غیر اخلاقی و ظالمانه است. هر توافقی که با کرامت انسانی در تضاد باشد و جسم و جان آدمی را به مسلخ بردگی بکشد، در برابر گوهر آزادی رنگ می‌بازد. پذیرفتنی نیست که قانون منع خرید و فروش برده در خاک ایران و آزادی برده در موقع ورود به مملکت که در ۱۳۰۷/۱۱/۱۸ تصویب شد، بار دیگر تحت لوای عناوینی چون: «آزادی قراردادها» و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» یا حدیث: «المؤمنون عند شروطهم» عملاً احیاء و تجدید اثر شود. رویه قضایی تلاش دارد در تقابل قانون و حقوق، رأی را صرفاً بر فرامین قانون‌گذار استوار نسازد و سهم منابع دیگر حقوق را نیز ادا نماید. سخن کاربونیه (استاد فرانسوی) به زیبایی گویای این نقش است:

«قانون‌گذار بر سنگی مرمرین و سرد، دستخط خود را حکاکی کرده است ولی این دادرسان هستند که در صحنه نمایش، آن را حرکت و حیات می‌بخشند» (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۳۹).

چنانچه در یک نمونه، مردی در ازدواج دوم، بر همسر دوم چنین شرط کرده است: «ضمن عقد خارج لازم، زوجه این شرط را پذیرفت که نسبت به انجام کارهای منزل و نگهداری و جمع‌آوری زوجه، همسر اول زوج، تا آخر عمر اقدام نماید». بعد از مرگ شوهر، همسر اول (ذی نفع شرط) دعوای الزام به انجام تعهد علیه همسر دوم (مشروط‌علیه) اقامه می‌کند. دادگاه نخستین (شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی ارسنجان) به موجب دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۷۱۹۲۹۰۰۸۵۸ مورخ ۱۳۹۶/۸/۱۳ حکم به الزام صادر می‌کند؛ ولی دادگاه تجدیدنظر با نقض رأی، شرط را خلاف مقررات و باطل می‌داند. شعبه ۲۴ دادگاه تجدیدنظر استان فارس طی دادنامه شماره ۹۶۰۹۹۷۷۱۲۲۴۰۱۵۵۹ مورخ ۱۳۹۶/۱/۲۳ در موضوع پرونده شماره ۹۶۱۰۶۴ چنین اظهار نظر می‌کند: «... اگرچه شرط فعل ضمن عقد مورد دعوی در پرتو اصل آزادی اراده، مدّ نظر واقع

شده، اما صحت و نفوذ شرط مذکور با تردید جدی روبه‌روست؛ زیرا اولاً، اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی، مطلق و بی‌حد و حصر نیست تا در هر صورت موجب اعتبار شروط ضمن عقد باشد. شرط مورد اشاره به لحاظ ایجاد وابستگی شخصیت متعهد از حیث اجتماعی و اقتصادی به دیگری، موجب سلب آزادی وی و مخدوش کردن "کرامت انسانی" ایشان است. حفظ کرامت انسانی و پرهیز از رفتارهای غیر انسانی مانند "بیگاری" از جمله مفاهیمی است که در اسناد و اعلامیه‌های حقوق بشر مورد تأکید قرار گرفته (ماده یک اعلامیه جهانی حقوق بشر و مقدمه میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی)، در نظام‌های حقوقی معاصر نیز رعایت مفاهیم بنیادین حقوق بشری در حقوق خصوصی و انعقاد عقود ضروری تلقی شده و شروط مخالف با این حقوق که موجب سلب آزادی متعهد و الزام به انجام امور مشقت‌بار است، تحت عنوان "شروط غیر منصفانه" باطل و بلااثر است. کرامت انسانی یکی از صفات ذاتی و عالیه انسان است که در مکتب متعالی اسلام نیز مورد توجه خاص واقع شده: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾ (اسراء / ۷۰)، به همین لحاظ، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در بند ششم اصل دوم، این حقوق را محترم شمرده و مقدم بر حقوق خصوصی افراد دانسته است. اصول مربوط به کرامت انسانی از مفاهیم پایه و زیربنایی حقوقی است و آزادی اراده رویناست و دامنه آزادی قراردادی نمی‌تواند به حدی توسعه یابد که حقوق ذاتی بشر و کرامت انسانی را از بین ببرد. از همین رو مخدوش کردن حقوق ذاتی انسان در پرتو شروط قراردادی ممکن نیست. ثانیاً، "اخلاق والای اجتماعی" ایجاب می‌کند که شروط قراردادی موجب سلب آزادی متعهد و سبب اختلال در معیشت او نگردد. قراردادی که فرد را ملزم می‌کند بدون محدودیت زمان و به طور دائمی عملی را بدون مزد انجام دهد، جان و حیثیت وی را در معرض نابودی قرار می‌دهد. شرط مراقبت از دیگری تا پایان عمر تقریباً همه وقت متعهد در طول شبانه روز را اشغال کرده و او را از انجام کار دیگر، ازدواج مجدد و حتی مسافرت ممنوع ساخته و از این حیث، این شرط از مصادیق سلب آزادی و خلاف اخلاق حسنه و نظم عمومی است که به موجب مواد ۹۶۰ و ۹۷۴ قانون مدنی باطل است. ثالثاً، در کلیه قراردادهای مربوط به شخصیت به معنای عام مانند اجاره اشخاص و هر نوع التزام شخص در مقابل دیگری بنا به نظری که منتسب به مشهور فقهای عظام است، به لحاظ حفظ کرامت انسانی و پرهیز از غرری شدن، درج مدت ضروری است والا عمل حقوقی (عقد یا شرط) باطل است. لذا التزام متعهد به انجام عملی به مدت طولانی و نامعین مانند طول عمر خود یا دیگران بر مبنای موازین فقهی

مورد اشاره معتبر نیست. ضمن اینکه در کلیه تعهدات از جمله تعهد به نفع ثالث در حقوق ایران باید زمانی برای اجرای فعل مورد تعهد معین شود یا اجرا در مدت عرفی قابل تصور باشد. اگر تعهد نامعین، حسب اجزای زمان قابل تقسیم باشد، نهایتاً می‌توان برای همان بازه زمانی آن را صحیح دانست و چنانچه تعهد قابل تسهیم نباشد، مطلقاً باطل است؛ به ویژه اینکه در عوض آن، هیچ سبب متعارفی در میان نبوده و مجانی باشد (ملاک ماده ۷۶۸ قانون مدنی). ... بنابراین شرط قراردادی مستند دعوی، به جهات یادشده جزء شروط باطل و غیر لازم‌الوفاست...».

### ۳-۱-۱. اعتدال

با عنایت به شرح بند ۱-۱-۱، از آنجا که ارزش و اعتبار عدالت، ذاتی و نفس‌الامری است، سنگ محک سایر اصول و قواعد است؛ یعنی اعتبار آن به سبب وضع قانون یا جریان حاکمیت اراده نیست، بلکه به عکس، مشروعیت اصول دیگر تابع عدالت است. پس اعتدال در زمره اصول زیربنایی و بالادستی است که حاکم و محیط بر سایر قواعد از جمله شروط است و شرط باید محاط در این اصل مبنایی بوده و از مدار آن خارج نشود؛ چرا که در هر عمل حقوقی، اعتدال با توجه به اضلاع آن یعنی ظرفیت فاعل، توانمندی او و ماهیت عمل، حدی معین دارد که تجاوز از آن، مصداق خروج از اعتدال است. به نظر برخی فقیهان، صرف مال در جایی که شأن شخص نیست، اسراف است:

«إِنَّ الإسراف هو تضييع المال أو صرفه فيما لا يليق أو فيما لا يحتاج إليه» (نراقی، ۱۳۶۶: ۲۹).

### ۴-۱-۱. اخلاق حسنه و نظم عمومی

اخلاق حسنه و نظم عمومی، از جمله منابع و ابزار بیان اصول و قواعد حقوقی هستند (ماده ۹۷۵ ق.م. و ماده ۶ ق.آ.د.م.). اثر سلبی این دو منبع، مانع اجرای قراردادهای نامتعارف و فاقد توازن در عوضین و نافی الزامات مغایر با اصول یادشده است. شعبه دوم دادگاه حقوقی آستانه اشرفیه در دعوایی که خواندگان به طور تضامنی متعهد به پرداخت وجه دو فقره سفته شدند و از طرفی به موجب دو فقره تعهدنامه ملتزم گردیدند که اگر در موعد مقرر وجه سفته‌های مزبور را پرداخت نکنند، روزانه مبلغ یکصد هزار

تومان به متعهدله خسارت پرداخت کنند، چنین استدلال کرده است:

«... مطالبه خسارت تأخیر تأدیه در قالب خسارت قراردادی مازاد بر شاخص بانک مرکزی برای اشخاص حقیقی یا حقوقی به استثنای بانک‌ها، به عنوان معامله ربوی قلمداد و ربح تلقی می‌گردد و نظر به اینکه مطابق ماده ۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، عقود و قراردادهایی که مخلاً نظم عمومی و یا بر خلاف اخلاق حسنه که مغایر با موازین شرع باشند، در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست و مطابق بند ۳ ماده ۲۳۲ قانون مدنی، شرطی که نامشروع باشد، باطل است و در دادگاه مسموع نیست...» (رای شماره ۹۶۰۹۹۷۱۴۳۰۲۰۱۵۳۸ شعبه دوم دادگاه حقوقی آستانه اشرفیه).

گفته شده است که اخلاق حسنه، چهره خاصی از نظم عمومی است و اموری که با اخلاق حسنه مخالفت داشته باشد، طبعاً نظم عمومی را نیز مختل می‌کند. پس شرطی که نتیجه آن بی‌نظمی بوده یا موجب جریحه‌دار شدن عواطف و احساسات عمومی باشد، به جهت مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه و نادیده انگاشتن قواعد آمره، در زمره شروط نامشروع و باطل است (علامه، ۱۳۸۷: ۱۴۷).

### ۱-۵. سنت‌های اجتماعی

این یافته برخی نویسندگان حقوق، به خوبی جایگاه عرف و سنت‌های اجتماعی را در تکمیل و اصلاح قوانین نشان می‌دهد:

«هیچ علمی به اندازه حقوق بر عادات و سنت‌های اجتماع تکیه ندارد... حقوق تنها از قانون سرچشمه نمی‌گیرد و مفهومی گسترده‌تر از آن دارد. نظمی که ما در آن زندگی می‌کنیم، زاده عوامل گوناگون سیاسی و اقتصادی است و تنها بخش ناچیزی از آن به قوانین دولتی مربوط می‌شود... اخلاق عمومی کم و بیش در حقوق نفوذ می‌کند و نیازمندی‌های اقتصادی و اجتماعی، راه حل‌های تازه‌ای را ایجاد می‌کند که در قانون سابقه نداشته است» (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۰۷).

نقل است که شهید ثانی شرط خلاف سنت‌های اجتماعی را فارغ از ذکر در متن عقد یا تبانی بر آن، مردود و باطل دانسته است. از طرفی، امری که یک سنت اجتماعی بر آن گواهی دهد، به منزله ذکر در عقد و لازم‌الوفاست؛ هرچند در متن عقد ذکر نشود

و تبانی بر آن هم حاصل نشده باشد (عابدی، ۱۳۹۷: ۱۲۵).

یکی از شرایط مذکور در صحت شرط، عقلایی بودن است. نفوذ امر عقلایی در صورتی است که الفاظ عقد یا نوشته و یا اشاره، توافق دو طرف را نمایان و منعکس سازد. در ادوار مختلف، وسیله ابراز اراده در عرف اجتماع متفاوت بوده است. هر چه به گذشته برگردیم، بیشتر شاهد غلبه اعتبار و اهمیت قول بر نوشته هستیم. لذا انشاء صیغه عقد، جایگاه ویژه‌ای در تمام عقود و ابواب فقه دارا بود. امروزه به سبب توسعه دانش ارتباطات، افزایش چشمگیر سطح آگاهی و جریان موج تازه که خوانش نوینی از سواد را شناسایی و طلب کرده، این نسبت معکوس شده و کتابت و امضا به ویژه در اسناد رسمی حتی در چهره دیجیتال، اعتبار و نفوذ خود را بر دیگر وسایل ابراز اراده تحمیل کرده است.

در نتیجه تحول اوضاع و تطور زمان، برخی امور کارایی و جایگاهی همسنگ یا برتر نسبت به قول و حتی نوشته کسب کرده‌اند که یکی از آنها «آداب و سنت‌های اجتماعی» است. ارزش‌های هر فرهنگ، خواه ناشی از باورهای دینی بوده یا محصول عرف و سنت یا نظام تربیتی باشد، موجب هویت‌بخشی و انتظام اجتماع است. هر چند قدرت و نفوذ این عناصر، بسته به بافت سنت و عرف، جایگاه مذهب، پایداری رسوم و ارزش‌های بومی و سایر متغیرات، در هر جامعه‌ای متفاوت است، اما تأثیر ارزش‌ها در شکل بخشیدن به نظام رفتاری افراد و تنظیم کنش و نگرش آن‌ها قابل تردید نیست. از آنجا که وظیفه حقوق مدنی، برقراری درست روابط افراد جامعه با یکدیگر است، قواعد آن نمی‌تواند با شاکله فرهنگ بومی و نظام ارزشی اجتماع در هر دوره بیگانه یا نسبت به آن بی‌تفاوت باشد.

یکی از این سنت‌های پسندیده، تکریم، احترام و رعایت حال بزرگان، سالخورده‌گان، زنان و کودکان است. تأثیر و کارایی این عنصر فرهنگی در کشورها متفاوت است. داشتن اخلاق کریمانه، موافق فلسفه رسالت نبی مکرم اسلام است که فرمود: «إِنِّي بُعِثْتُ لَأُتَمِّمَ مَكَارِمَ الْأَخْلَاقِ». در سیره پیامبر اسلام ﷺ بزرگی و قابلیت احترام و تکریم فقط در کبر سن خلاصه نشده و طیف وسیعی از افراد قابل احترام در این دایره قرار می‌گیرند. در فرهنگ دینی ما، استحقاق احترام در این افراد تنها امری تشریحی

نیست، بلکه تکوینی بوده و تأثیرات وضعی فراوان در سرنوشت آدمیان دارد؛ به نحوی که پاره‌ای از معادلات پیچیده زندگی افراد، وابسته و معطوف به وضعیت این روابط دانسته شده است. حال چنانچه در عقد نکاح شرط شود که زوج، مادر سالخورده و بی‌سرپناه خود را از منزل اخراج کرده یا به خانه سالمندان بسپارد یا مرد بر زن شرط کند که فرزند خردسال بی‌کس خود را رها کرده و از حضانت او چشم‌پوشد و این امر در تمنع و تزاحم با اخلاق حسنه، ارزش و سنت اجتماع و سبب ملامت عرف تلقی گردد، آیا دادرسی می‌تواند بی‌اعتنا به اصول زیربنایی، صرفاً به عموم و اطلاق ماده ۲۳۰ قانون مدنی متوسل شده، از مشروط‌علیه وفای به شرط را بخواهد؟ آیا نباید ظاهر جامد ماده ۲۳۰ را منصرف از چنین شرطی پنداشت و آن شرط را باطل اعلام کرد؟

«... ذهن تعلیم‌ندیده را می‌توان جاهل دانست، اما پس از پذیرش متعبدانه تعالیم خشک مرسوم، بسیار محتمل است که همین ذهن احقر شود. به همین دلیل است که آموزش‌های مرسوم حقوقی گرچه غالباً به طالبانش «علم حقوقی» می‌آموزد، در عوض، «عقل حقوقی» را از آنان باز می‌ستاند» (جعفری‌تبار، ۱۳۹۶: ۲۲۶).

## ۲-۱. مرور زمان

باید پذیرفت که از جمله شرایط صحت شرط آن است که مشمول مرور زمان نباشد؛ یعنی می‌توان خود مرور زمان را شرط صحت شرط قرار داد. از بین اختیارات، قانون مدنی به فوریت چهار مورد تصریح کرده است؛ اما در دیگر موارد اختلاف نظر وجود دارد. با وجود آنکه در موارد غیر مصرح از جمله خیار غبن، فقها به فوری بودن اعمال خیار نظر نداده و خیار را علی‌التراخی می‌دانند، اما نمی‌توان مرور زمان را نادیده پنداشت. تراخی، مقتضای اطلاق است؛ یعنی در موضوعی که قید فوریت و تضییق نیامده، مجرد امتثال، موجب تحقق آن است. تراخی در لغت از «رخاء» به معنای سستی و سهولت است. نتیجه آسان‌گیری آن است که می‌توان خیار را یا در اولین زمان ممکن اعمال کرد یا در ظرف زمانی که برای آن مقرر است. پس مقتضای تراخی، تخییر است نه تأخیر؛ مثلاً در فریضه صبح، مدت زمان امتثال بر وجه تراخی است و می‌توان اول وقت ادا کرد یا وقت دوم یا سوم، یا در امر به صله رحم، ساعت یا روز اول و دوم تفاوتی ندارد و صرف اطاعت، موجب امتثال است. در اختیارات مشمول تراخی

نیز این ظرف زمان باید معلوم باشد. چنانچه مرور زمان در اعمال خیار نادیده انگاشته شود، با وصف اینکه ماده ۴۴۵ ق.م.م. تمام خیارات را قابل انتقال به ارث دانسته است، علاوه بر تنافی با مفاد تراخی، موجب غرر و مستلزم ضرر است. پذیرش این معنا که نوه یا نتیجه متوفی پس از چند نسل، ادعای فسخ قراردادی را علیه وارثی مطرح کند که اسلافش منعقد ساخته‌اند، ضمن آنکه در غالب موارد با اصول زیربنایی که تشریح گردید، تعارض دارد، در منطق حقوقی و ذائقه سلیم پذیرفتنی نیست.

با تعیین مرور زمان، اگر حق مطالبه نشد، ساقط می‌شود. شرط همیشه حقی به نفع مشروطه ایجاد می‌کند، ولی این حق مشمول مرور زمان است و اگر با تخلف یا امتناع شرط، مشروطه اقدام به فسخ نکند تا مدت مرور زمان سپری گردد، با استنباط التزام عملی مشروطه به معامله، حق فسخ ساقط می‌شود. اثر سقوط حق در نتیجه مرور زمان آن است که با تخلف، شرط دیگر وجوب وفا و ضمانت اجرا ندارد و مشروطه نمی‌تواند مشروط علیه را الزام به انجام شرط کند. لذا همه احکام شرط ساقط می‌شود. فرضاً اگر خانه‌ای در قبال انجام تعهدی فروخته شد و مشروط علیه تا بیست سال از وفای به عهد سرپیچی و مشروطه در اعمال خیار اهمال نمود، حق او مشمول مرور زمان شده و ساقط است. پس یکی از شرایط صحت شرط آن است که مشمول مرور زمان نشود. نشانه اعتبار این شرط در آرای برخی محاکم دیده می‌شود؛ چنانچه در مهلت اعمال حق فسخ، دادرس بدوی دادگاهی چنین استدلال کرده است:

«... توجهاً به اینکه خواهان با عدم اقدام جهت فسخ در برهه زمانی حدوداً دو ساله و مطالبه چک هم از طریق قانونی یعنی طرح دعوی و هم از طریق عرفی با فرستادن واسطه و غیره، التزام عملی خود را به معامله نشان داده است و ارسال اظهارنامه پس از اقدامات مذکور می‌باشد، لذا حق فسخ وی ساقط و صرفاً امکان مطالبه ثمن را دارد...» (شناسنامه رأی مکتوم مانده است).

## ۲. شرایط نامذکور اعتبار شرط در قانون مدنی (عمومی)

مسئله مهم در این بخش، بررسی لزوم رعایت شرایط اساسی صحت معاملات، در شروط ضمن عقد است. از آنجا که قانون مدنی ایران به این شرایط در ماده ۱۹۰ و راجع

به توافقات مستقل و اصلی تصریح کرده و در شروط ضمن عقد، اشاره‌ای به آن‌ها نداشته، این امر موجب اختلاف نظر بین حقوق دانان گردیده است. برخی نویسندگان ماده ۱۹۰ را ناظر به عقد یعنی ماهیت حقوقی دوطرفه مستقل دانسته و سکوت قانون‌گذار در سرایت شرایط مذکور به شروط ضمن عقد را قرینه احصایی بودن مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ ق.م. و دو ماده مزبور را یگانه ملاک شروط باطل شمرده، اصل را بر عدم ضرورت اجتماع شرایط اساسی ماده ۱۹۰ در شروط ضمن عقد نهاده‌اند (شهیدی، ۱۳۹۳: ۹۰). از این منظر، همین که شرطی باطل و مبطل نبود، واجد شرایط صحت و اعتبار است و نیازی به تبعیت از جمله شرایط اساسی صحت معامله ندارد. پس شرط فاقد شرایط عمومی صحت معامله، صحیح است. دسته‌ای دیگر با تمسک به مبانی و اصول، از آنجا که شرط نیز نوعی عمل حقوقی است که نیازمند اهلیت و اختیار است و تبعی بودن آن به این مبنا خللی نمی‌رساند، شرط ضمن عقد را در شرایط اساسی (به کلی یا در برخی عناوین) تابع قواعد عمومی قراردادها دانسته و شرایط مذکور در ماده ۱۹۰ را حاکم بر هر توافقی که تحقق آن محتاج اراده انشایی است، می‌شمارند. بنابراین شرط ضمن عقد خصوصیتی ندارد تا از شمول این قاعده مستثنا شود. شرایط اختصاصی صحت شرط، موضوع مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ ق.م. در فصل آخر (انحلال) مورد تحلیل قرار می‌گیرد. در این بخش، مسئله لزوم رعایت شرایط عمومی موضوع ماده ۱۹۰ ق.م. که از آن به شرایط عمومی تعبیر می‌شود، در شروط ضمن عقد بررسی می‌شود.

شرط ضمن عقد، تعهدی است که در متن قرارداد آورده می‌شود و بر اثر آن، نوعی وابستگی و علاقه بین عقد و شرط به وجود می‌آید که شرط حالت تعهد تبعی می‌یابد. اگرچه افراد از این تأسیس برای تحقق خواسته‌ها و اهداف خود سود می‌برند، اما به کارگیری شرط، بی‌ضابطه و فاقد معیار نبوده، تابع موازین خاصی است. هر شرطی الزام‌آور نیست. لذا متعاقدين نمی‌توانند با رهایی از شرایط عمومی صحت معاملات، شرط را به مثابه شگردی برای برتری جویی و تحصیل امتیازات ناروا به کار برده و با درج خواسته‌های نامشروع در عقد، از تبعات آن مصون مانده، انتظار لزوم وفا از چنین شرطی داشته باشند. بنابراین صحت و فساد شرط، فرع بر اعتبار آن است؛ همچنان که بحث پیرامون مقدوریت شرط، فرع بر امکان وقوع آن است. ملاک درستی شرط صرفاً



خارج بودن از شمول مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ ق.م. نیست، بلکه باید واجد شرایط اعتبار نیز باشد. نکته دیگر آنکه از نظر قانون‌گذار در ماده ۱۹۰ ق.م.، خود شرایط اساسی صحت معاملات نیز دارای درجه اعتبار و ضریب اثر یکسانی نیستند؛ به گونه‌ای که سه شرط اول ماهیتاً وجوبی و شرط چهارم ایجابی است. یعنی سه شرط اول باید باشد، ولی شرط چهارم اگر ذکر شد، باید مشروع باشد، ولی لازم نیست که ذکر شود. پس در مورد شرایط اساسی صحت خود عقد نیز نمی‌توان از ضرورت اجتماع همه آن‌ها سخن گفت. این مطلب در شرط با توجه به جنبه تبعی و فرعی بودن آن نسبت به عقد، به طریق اولی صادق است؛ یعنی در حکومت قواعد عمومی صحت قراردادها بر شرط، نمی‌توان حکم یکسانی صادر کرد و سکوت مقنن در مورد هر یک از این قواعد، تفسیر جداگانه‌ای می‌طلبد. ولی به طور کلی، تردیدی در عدم تسری همه شرایط اساسی عقد به شرط باقی نیست. در ادامه شرایط اعتبار شرط بررسی می‌شود.

## ۱-۲. اهلیت

عاقدين علاوه بر عقد باید واجد اهلیت قانونی نسبت به شرط نیز باشند. در لزوم این حکم، تردید روا نیست. اما برخی نویسندگان، اهلیت برای شرط را نیز در وجود و عدم تابع عقد می‌دانند؛ یعنی اهلیت در عقد را مستلزم اهلیت برای شرط و عدم اهلیت برای انشاء عقد را موجب عدم اهلیت در اشتراط می‌بینند (همان). علامه اهلیت استیفا را در این مسئله به لزوم برخورداری از حق اشتراط تعبیر می‌کند. به عبارت دیگر، اهلیت یعنی حق اشتراط از شارط سلب نشده باشد (علامه، ۱۳۸۷: ۱۰۴). به بیان فقهی، «سائغ» مربوط به موردی است که شرط به معنای مصدری (حقیقی) جایز باشد، نه در وجه اسم مفعولی (یا معنای مجازی، معنای اسم مفعولی یعنی ملتزم یا مشروط). شرطی که در وجه اسم مفعولی روا نیست، مانند اینکه از انگور شراب بسازد که در واقع به شرط مخالف کتاب برگشت دارد. اما اگر واژه «سائغ» را در معنای مصدری تفسیر کنیم، یعنی خود شرط کردن روا باشد و ممنوع نگردد، مثل جایی که شرط کردن بر اثر نذر یا امر والد غیر سائغ گردد. در این برداشت، «سائغ» دارای وجه فارق و بار معنوی مستقل از «نامشروع» می‌شود. پس معنای سائغ به دارا بودن حق اشتراط بازگشت دارد و عدم

مخالفت شرط با کتاب و سنت، به مشروط یا مورد شرط برمی‌گردد. اما بر این وجه از اصطلاح «سائغ» دو ایراد گرفته‌اند: اول، همچنان که شرط فاسد در معاملات، موجب بطلان معامله نمی‌شود، حرمت شرط در معنای مصدری نیز به معنای فساد آن نیست. دوم، بر مبنای امام خمینی برای شرط غیر سائغ به معنای مصدری، نمی‌توان مصداقی یافت؛ چرا که در نمونه‌هایی هم که گفته شد، حرمت روی شرط نمی‌آید، بلکه حرمت به واسطه آن است که مخالفت با پدر و مادر یا مخالفت نذر حرام است. پس حرمت به اعتبار متعلق شرط است و حکم نمی‌تواند از متعلق خودش سراغ غیر متعلق خود برود و از این جهت نیز این تعبیر از «سائغ» اشکال دارد (موسوی خمینی، ۱۳۶۸: ۱۴۹).

همچنین بر خلاف نظر شهیدی، بین اهلیت برای عقد و اهلیت در شرط همیشه تلازم برقرار نیست و می‌توان مواردی را یافت که مشروط‌علیه نسبت به عقد، واجد اهلیت و نسبت به شرط، فاقد اهلیت باشد؛ مثل اینکه در عقد نکاح سفیه شرط شود که میزان مهریه را سفیه معین کند. در اینجا غیر رشید نسبت به اصل نکاح اهلیت دارد، ولی نسبت به شرط به سبب مالی بودن موضوع، فاقد اهلیت است. یا اینکه به موجب قرارداد وکالت، سفیه در انجام امور غیر مالی وکیل شده، اما شرطی در امری مالی با موکل ببندد.

## ۲-۲. قصد و رضا نسبت به عقد و شرط

آیا لازمه وابستگی شرط به عقد آن است که اراده عقد، مستلزم قصد شرط نیز هست یا اینکه می‌توان نسبت به قرارداد متضمن یک شرط، فرضی را تصور کرد که قصد به عقد تعلق می‌گیرد و به شرط خیر؟

بر مبنای تفسیری که از شرط به عنوان یک تعاهد عرفی ارائه شد، مقصود طرفین با درج شرط ضمن عقد این است که معامله مشروط دو التزام دارد: یکی تعهد به اصل بیع، و دیگری پایبندی به لزوم عقد. اما وفاداری دوم در صورتی است که شرط ضمن عقد محقق شود، وگرنه در عین تعهد به اصل بیع، مشروط‌له التزام دوم را ندارد. در نظریه «انحلال عقد واحد به عقود متعدد» نیز یک قصد به چند قصد، یا یک عقد به چند عقد تجزیه نمی‌شود، بلکه هر یک از متعاقدین با یک قصد، دو التزام را ایجاد

می‌کنند؛ یعنی مقصود متعاقدین از عقد مشروط در مقام انشاء دو التزام است و چون عقد از قصد تخلف نمی‌کند، در عالم واقع نیز عقد منحل به دو تراضی می‌شود. در اندیشه میرزای قمی، عقد و شرط جدا از هم نیستند و تراضی به عقد، مقید به شرط است. لذا قصد به هر کدام جداگانه تعلق نمی‌گیرد و شرط مثل جزء یکی از دو عوض است که ثمن بر آن توزیع و فساد آن سبب بطلان عقد می‌شود (میرزای قمی، ۱۳۹۶: ۸۵). شهیدی نیز با وجود اینکه برای تحقق شرط، لزوم قصد انشاء را مانند عقد پذیرفته، اما چون تفکیک و تمایزی در حرکت اراده بین عقد و شرط ضمن آن نمی‌بیند، بحث لزوم یا عدم لزوم اراده نسبت به شرط را قابل طرح نمی‌داند (شهیدی، ۱۳۹۳: ۹۱). لذا از نظر ایشان، مجموع شرط و عقد، یک التزام را تشکیل می‌دهند.

طرح و تحلیل مسئله، متوقف بر تفکیک بین دو مقام «قصد انشاء» و «رضا» است. قصد انشاء بسیط است و قابل تجزیه نیست، اما طبق نظام تعدد متعلق قصد و تکثر سلطه، که با مبنای برگزیده در ماهیت‌شناسی شرط سازگار است و نظر به تئوری وحدت انشاء و تعدد منشأ یا جانشینی یک قصد به جای دو قصد:

«تکثر سلطه‌ای که متعلق قصد انشاء است، به معنای تکثر قصد انشاء نبوده و تابع تکثر متعلق همان سلطه است. اگر موضوع یک عقد بیع، صد اسب باشد، می‌توان گفت بائع صد سلطه دارد و این سلطه‌ها به تعداد اسب‌هاست. بائع با عقد واحد و با انشاء واحد، تمام این سلطه‌ها را به مشتری منتقل می‌کند، اما تکثر سلطه‌ها موجب تکثر قصد انشاء نمی‌شود؛ زیرا قصد انشاء غیر قابل تجزیه است. پس بائع با یک قصد انشاء می‌تواند چندین سلطه را به مشتری منتقل کند و چندین منشأ را در ظرف اعتبار به وجود آورد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۸۵).

بنا بر نظریه منتخب، عقد و شرط در ناحیه تعلق رضا، یک واحد بسیط و غیر قابل تجزیه نیست. تفکیک تراضی ضمنی به ذات عقد بدون شرط و تراضی به شرط به معنای تحلیل عقد به دو التزام است که یکی اصلی و دیگری تبعی است. آثار این نظریه با مبنای برگزیده همسو و موافق است. از جمله احکام این است که در تعلق اراده بین قصد و رضا تفاوت وجود دارد. رضا از امور انشایی نیست و ماهیت آن با ماهیت قصد انشاء متفاوت است (همان). تقارن شرط با عقد به معنای مجرد اقتران دو التزام

نیست، بلکه این ارتباط، نوعی پیوند و بستگی بین شرط با عقد پدید می‌آورد که مشروط را یا دارای اثر تعلیقی می‌سازد و یا تقییدی. لذا در نظریه لزوم اراده نسبت به عقد و شرط، گرچه تفکیک در ناحیه قصد نسبت به شرط و عقد ممکن نیست و نمی‌توان تصور کرد که قصد به عقد بدون شرط تعلق بگیرد، اما رضای به عقد مشروط می‌تواند در ناحیه عقد و شرط تفکیک شده، به عقد تعلق بگیرد و به شرط خیر. لذا هرچند در نظریه بسیط، امکان افتراق اراده نسبت به عقد با شرط وجود ندارد، اما نظریه مرکب که در آن عقد مشروط به نحو تعدد منشأ منحل به دو تراضی می‌شود، بین قصد و رضا تفکیک قائل است؛ یعنی تعلق رضا را در عقد با شرط تفکیک می‌کند. بنابراین از آنجا که لزوم اراده نسبت به عقد و شرط هر دو مورد لحاظ است، همان طور که ممکن است رضا حاصل شود، ولی قصد انشاء محقق نشود، نمی‌توان گفت که تحقق قصد انشاء نسبت به عقد، به معنای آن است که رضای نسبت به شرط نیز لزوماً همزمان و قهراً حاصل شده است؛ چرا که ممکن است اکراه تنها در ناحیه شرط شکل بگیرد و از طرف دیگر، اکراه در عقد مستلزم اکراه نسبت به شرط نیست.

صورت اول (اکراه در شرط) با مبنای برگزیده توجیه گردید. اما در حالت دوم که رضایت نسبت به عقد اصلی مفقود و نسبت به شرط موجود است، با عدم تنفیذ عقد اکراهی و بطلان آن، شرط نیز باطل است؛ زیرا ارتباط شرط با عقد، تابع خواست طرفین است. هرچند طرفین به طور معمول، شروط را به عقد وابسته می‌کنند و شرط یک تعهد تبعی و فرعی نسبت به تعهد اصلی و لزوماً در صحت و فساد، تابع عقد است، ولی این نکته کلیت ندارد. قصد مشترک که حاکم بر عقد است، می‌تواند این وابستگی را قطع کند یا کیفیت آن را به اشکال مختلف تغییر دهد:

۱- استقلال اصلی: در مواردی از قبیل شرط داوری، اراده طرفین بر استقلال کامل شرط تعلق گرفته، به نحوی که با انحلال عقد اصلی، آسیب ندیده و مصون بماند. در این مورد، رضای معتبر برای نفوذ قرارداد وجود ندارد و مخدوش است، حال آنکه رضایت معتبر برای شرط ضمنی موجود است.

۲- استقلال غایی: ممکن است شرط در اراده مشترک از لحاظ غایت، مستقل تلقی شود یا خود غرض غایی باشد. پس دو گونه جلوه می‌کند:

الف) گاهی تأثیر شرط در نظر عاقدین به زمانی موکول می‌شود که بی‌اعتباری عقد اصلی شناسایی گردد. در این هنگام، شرط جوانه زنده، به بار می‌نشیند و شکوفا می‌شود. اساساً شرط برای چنین وضعیتی پیش‌بینی شده است؛ مانند شرط تشدید یا تخفیف ضمان درک مبیع یا ثمن، از آنجا که اراده طرفین بر این بوده که در صورت مستحقّ للغير درآمدن مبیع یا ثمن چنین شرطی اجرا گردد، نمی‌توان نفوذ یا عدم نفوذ شرط را وابسته به قرارداد اصلی نمود.

ب) مواردی نیز وجود دارد که بر خلاف روال معمول، خود شرط هدف غایی است و معامله اصلی در نظر عاقدین مقام دوم را داشته، تابع شرط است. گاهی برای لزوم‌بخشی به یک تعهد ابتدایی، دو طرف آن را در شمایل شرط ضمن عقد لازمی درج می‌کنند، با این وصف که عوض از اشیاء سیر و محقّر اما شرط ضمن آن از چنان اهمیت و اعتباری برخوردار است که تردیدی در اینکه هدف اصلی از قرارداد، وجوب وفای شرط است، باقی نمی‌گذارد؛ مثلاً در ازای فروش یک مداد به مبلغی بالا شرط شود که فروشنده یک سال به عنوان اجیر در خدمت خریدار باشد. غالب شروط ضمن عقد که در دفاتر اسناد رسمی تنظیم می‌شود، از این قبیل است. گرچه در مقابل نظریه تفسیر اراده باطنی طرفین، از این فکر نیز نمی‌توان به سادگی گذشت که آنچه ملاک اصل و فرع بودن است، غرض متعاقدین نیست، بلکه قالب و پیکره‌ای است که برای بیان اراده خود طرح و اجرا کرده‌اند. اگر نیت طرفین آن بوده که شرط اصل، و عقد تابع آن باشد، اما الفاظ عقد بر این اراده باطنی گواهی ندهد و عقد مشروط به گونه‌ای انشاء شود که شرط، تعهد تبعی تلقی گردد، از ظاهر عبارات نمی‌توان چشم پوشید و فساد عقد حقیر را همچنان سبب بطلان شرط خطیر ندانست. اگر شرط تابع است، در واقع کالعدم است، هر چند کشف اراده باطنی نیز در فرضی که ظاهر کلمات قرارداد بر خلاف آن است، ممتنع جلوه می‌کند، چه رسد به حاکم ساختن آن.

سؤال دیگر آن است که اگر قصد یا رضا یا اهلیت نسبت به عقد محقق و نسبت به شرط منتفی بود، وضعیت حقوقی عقد و شرط چیست؟

نظر علامه (بر وجه مسموع در درس شروط) آن است که فقد رضا نسبت به شرط به عقد آسیبی وارد نمی‌کند، با این حال، نبود رضا مانع اعتبار شرط و البته موجب

ضمانت اجرا نسبت به خود عقد می‌گردد. پس در بی‌اعتباری شرط فاقد رضای تردیدی روا نیست و شاید هم بتوان گفت که ضمانت اجرای عدم نفوذ نسبت به شرط جاری است؛ چون برای تحقق هر عمل حقوقی، رضایت انشاکننده به نحو معتبر ضروری است. شرط نیز گرچه وابسته به عقد است، اما وجود حقوقی مستقل دارد و اعتبار آن مستلزم وجود عنصر رضای طرفین است.

حال در این حالت که اعتبار شرط غیر نافذ به رضایت مشروط‌علیه وابسته است، اگر او رضایت ندهد، این عدم رضای چه تأثیری بر سرنوشت عقد و شرط می‌گذارد؟ ردّ شرط توسط مشروط‌علیه، موجب بطلان شرط است، اما امتناع شرط در این مورد، تأثیری در صحت عقد ندارد و مستفاد از ماده ۲۴۰ ق.م.، تعدّر شرط، سبب ایجاد حق فسخ برای مشروط‌له نسبت به عقد نمی‌شود؛ چون اولاً مستلزم دور است و ثانیاً از آنجا که خود مشروط‌له مُقَدِّم و عامل اکراه مشروط‌علیه در قبول شرط بوده است، پس باید نتیجه اقدامش را بپذیرد. به عبارت روشن‌تر، موجب عدم نفوذ، خود مشروط‌له بوده و طبق قاعده اقدام، مشروط‌له نمی‌تواند چنین عقدی را فسخ کند، چون امتناع مستند به فعل مشروط‌له است:

«اگر بعد از عقد، انجام شرط ممتنع شود یا معلوم شود که حین العقد ممتنع بوده است، کسی که شرط بر نفع او شده است، اختیار فسخ معامله را خواهد داشت؛ مگر اینکه امتناع، مستند به فعل مشروط‌له باشد» (ماده ۲۴۰ ق.م.).

## ۳-۲. عدم معلومیت شرط

قانون مدنی در بند ۴ ماده ۱۹۰، بر لزوم معلوم و معین بودن مورد معامله، و در ماده ۲۱۶، بر مبهم و مردد نبودن آن تصریح کرده است. این اصل بر دلایلی چند استوار است که مهم‌ترین آن، بنای معاملی عرفی بر تساوی بین عوض و معوض یا به تعبیر جعفری لنگرودی «موازنه در ارزش عوضین» که از عناصر سه‌گانه تراضی معاملی است، می‌باشد. این بناء، اشتراط معلومیت موضوع معامله را می‌طلبد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۳۰).

موضوع تسری قاعده معلوم بودن مورد معامله به شروط ضمن عقد، نه تنها بین حقوق‌دانان بلکه در فقه امامیه نیز محلّ نزاع و تضارب آراء بوده است. در مقابل حکم

به لزوم رفع ابهام از مورد شرط، برخی نویسندگان حقوق با توجه به فرعی بودن شرط، علم تفصیلی را در موضوع شرط لازم ندانسته‌اند. شهیدی با برشمردن دلایلی بر آن است که اگر موضوع شرط هنگام عقد به طور تفصیلی معلوم نباشد، ولی اجمالاً یعنی در واقع معلوم باشد، شرط مزبور صحیح است و تنها مورد بطلان شرط نامعلوم جایی است که شرط به نحو اجمالی نیز معلوم نباشد و به عبارت دیگر، مجهول مطلق باشد، هر چند مشمول شروط باطل ماده ۲۳۲ ق.م.م هم نگردد (شهیدی، ۱۳۹۳: ۹۳). علامه تفسیری متفاوت از مسئله ارائه داده و نظری قابل تأمل دارد. از نگاه ایشان، با توجه به عدم اعتبار لزوم معلومیت شرط، چون عقد و شرط از امور اجتماعی بوده که تنها در افق نفس تولید نشده و باید در خارج محقق و منشأ اثر گردند، شرط مجهول ولو به نحو مطلق به دلیل قابلیت تعیین در خارج صحیح است، همان طور که اگر شرط مردّد باشد، تأثیری در صحت عقد نداشته و صحیح است. بنابراین بر خلاف لزوم اکرایی نبودن شرط، در اینجا اگر شرط شود ثمن معامله هر میزان پولی باشد که در جیب خریدار است، معامله و شرط صحیح است (علامه، ۱۳۸۷: ۲۰۶). محقق داماد این مسئله را که آیا اصولاً دلیلی بر مضر بودن غرر در شرط وجود دارد یا خیر، از موارد قابل تردید می‌داند و در عین حال، تأکید دارد بر اینکه مسلم است که حتی اگر جهل شرط به عوضین هم سرایت نکند، به هر حال باید قابل اجرا باشد؛ در غیر این صورت، شرط مجهول فاقد اعتبار و کأن لم یکن است و دادگاه در مقام رسیدگی مانند عقد مطلق با آن برخورد خواهد کرد (محقق داماد و دیگران، ۱۳۹۷: ۱۵۱/۱). بنا بر نظر اخیر شاید بتوان گفت که شرط مجهول مطلق به دلیل عدم امکان اجرا باطل است، گرچه قائل نظر دوم، حتی شرط مجهول مطلق را قابل از برای تعیین می‌داند.

در مقام داوری بین دیدگاه‌های موجود، باید محلّ نزاع را به مسئله لزوم علم تفصیلی در موضوع شرط، تحریر و تحدید کرد؛ چرا که شرط مجهول مطلق قابلیت اجرا ندارد و نیز می‌توان آن را از جهت مشمول بند ۲ ماده ۲۳۲ ق.م.م. فاقد نفع و فایده عقلایی دانست. مامقانی با معتبر دانستن نوعی علم اجمالی در شرط، مجهول مطلق را سبب نزاع و بحث‌برانگیز تلقی کرده است:

«... وأما الجهالة التي لا تتوّل إلى العلم فقد يوجّه فيها البطلان نظرًا إلى أنّه مثاّر النزاع ولم يعهد نظيره في الشرع بل المعلوم منه خلافه. فتأمل جيّدًا» (مامقانی، ۱۳۵۰: ۱۵۹).

این اندیشه که علم تفصیلی را شرط صحت شرط نمی‌داند، ولی لزوم معلومیت به نحو اجمالی را مورد شناسایی قرار می‌دهد، راجح به نظر می‌رسد.

قانون‌گذار در ماده ۲۱۶ ق.م.، شرط صحت قرارداد را معلوم بودن موضوع آن به علم تفصیلی دانسته است. مطابق ماده ۳۴۲ ق.م. نیز رفع ابهام از معامله در مقدار، جنس و وصف مبیع ضروری است. مؤلف تحریرالمجله لزوم معلومیت را در دو جهت دیگر به این موارد افزوده است: آگاهی از وجود ثمن و مثن و علم به حصول که همان قدرت بر تسلیم است (کاشف‌الغطاء، ۱۳۹۰: ۳۹۱). اما نوآوری‌های عصر جدید و پدیده‌های نوظهور، موجب تغییر نیازهای اقتصادی و تحولات قراردادی شده است که در مواردی با قالب‌های موجود قابل توجیه نیست. امروزه نهاد قرارداد باز به عنوان یک تأسیس مطلوب و کارآمد در حقوق قراردادها شناخته می‌شود. این پدیده که مقررات راجع به آن در قانون متحدالشکل تجاری با عنوان «شروط تکمیل‌کننده» ذکر شده و در تجارت بین‌الملل نیز به عنوان یک نهاد کارآمد مطرح است، با اعتباربخشی به کفایت علم اجمالی، اصل لزوم علم تفصیلی را تعدیل ساخته است، به وجهی که در آن پاره‌ای موضوعات قراردادی چون میزان ثمن، مکان انجام تعهد و... در زمان تشکیل قرارداد به صورت باز و مبهم، تنظیم و سپس مطابق روش‌های موجود در نظام‌های حقوقی تکمیل می‌شوند. از طرفی در شرایط نوین با پیشرفت علم و بهره‌گیری نظام قضایی از تجهیزات و ابزارهای دقیق، فنی و استاندارد کارشناسی، می‌توان در زمینه‌های مختلف با ضریب خطای پایین، غرر را از روابط قراردادی زدود و فلسفه وضع قاعده غرر را که پیدایش زمینه اختلاف و نزاع است، مرتفع ساخت. بنابراین در بسیاری موارد، دیگر ابهام قراردادی موجب غرر نیست.

آنچه در مورد تعدیل نظریه علم تفصیلی گفته شد، نسبت به موضوع اصلی معامله است. درباره شرط که تعهدی تبعی است و از عدم تصریح قانونی به لزوم معلومیت نیز رنج می‌برد، به طریق اولی، کفایت علم اجمالی پذیرفتنی است. به علاوه در حقوق ایران با تصویب قوانین مؤخر، برخی شروط که موقع درج در قرارداد مبهم‌اند، به تدریج



مورد پذیرش قرار گرفتند؛ از جمله به موجب ماده ۸ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۷۶، شرط اجاره عین مستأجره به مستأجر متصرف با «اجاره متعارف» که یک معیار نامعلوم اما قابل تعیین است، صحیح و موجد حق برای مستأجر دانسته شده است. همچنین شرط تنصیف دارایی در قباله‌های ازدواج، یک شرط نامعلوم در زمان انعقاد عقد است که در آینده قابل تعیین خواهد بود. البته اعتبار شرط مجهول به نحو اجمال، منصرف از میزان جهلی است که به یکی از دو عوض سرایت کرده و معامله را غرری و باطل سازد (بند ۲ ماده ۲۳۳ ق.م.ا). سید یزدی اقتضای تحقیق در مسئله را عدم بطلان شرط مجهول می‌داند؛ زیرا دلیلی بر اعتبار علم در شرط نداریم، مگر آنکه شرط مطلقاً (حتی به علم اجمالی) مجهول باشد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹: ۲۸۷/۳).

#### ۴-۲. نامشروع بودن جهت شرط

شرط چهارم از شرایط اساسی صحت معامله، یک شرط ایجابی است که تنها در صورت تصریح، موجب بطلان عقد است. برخی نویسندگان، جهت را علت غایی تعریف کرده‌اند که: «امری است ذهنی و شخصی که تابع امیال اشخاص است، هم در زندگی قضایی و هم در بیرون آن» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲: ۲۵۴).

حکومت و سرایت این بند به شروط ضمن عقد، مورد انکار اساتیدی چون شهیدی است. بنابراین از نظر ایشان، حتی با وجود تصریح به جهت نامشروع شرط، مانند آنکه ضمن فروش کارخانه‌ای شرط شود که کامیون فروشنده متعلق خریدار باشد تا از آن برای حمل مواد مخدر استفاده کند، شرط باطل نیست، گرچه مشروط‌له نمی‌تواند از شرط غیر قانونی بهره ببرد (شهیدی، ۱۳۹۳: ۹۳). این تفسیر، مورد ایراد برخی حقوق‌دانان قرار گرفته است. علامه بر این نظر است که در بطلان شرطی که غرض از انعقاد آن، هدفی نامشروع باشد، تردید نباید داشت. مشروعیت جهت مصرح در شرط را باید از شرایط اساسی اعتبار شرط دانست. عدم مشروعیت جهت شرط، آن را ناگزیر از قلمرو شرایط صحت و دایره اعتبار خارج می‌کند (علامه، ۱۳۸۷: ۲۲۰). وانگهی، نافذ شناختن امری به معنای قابلیت اجرای آن است. شرطی که جهت مذکور آن نامشروع است، لزوم وفا ندارد و جمع بین صحیح دانستن چنین شرطی با ممنوع شمردن استیفای آن،

عقلاً ممکن نیست. از طرفی شرط نامقدور، ممتنع و لاجرم به دلالت ماده ۲۴۰ ق.م.، خود باطل است.

جعفری لنگرودی نه تنها شرط دارای جهت نامشروع را فاسد می‌داند، بلکه استقلال جهت شرط از جهت عقد را در تفاهم عرف به شدت دشوار می‌بیند، لذا بر آن است که جهت نامشروع شرط ظاهراً موجب نامشروع شدن جهت عقد و در نتیجه فساد خود عقد می‌شود. پس اگر کسی دگانی را برای نصب ماشین‌آلات چاپ کتب و روزنامه به مبلغ و مدت معلوم اجاره دهد، به شرطی که دو جلد کتاب معلوم را با اجرت معلوم در آنجا چاپ کنند، ولی این دو جلد از کتب ضلال باشد، این شرط فعلی که هدف نامشروع دارد، خود فاسد است و به جهت عقد نیز سرایت کرده و آن را هم نامشروع می‌سازد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۲۶۹).

### نتیجه‌گیری

قانون مدنی از یک سو فصل چهارم از باب اول کتاب مربوط به معاملات و تعهدات را به بیان شروط ضمن عقد اختصاص داده و در پانزده ماده، اقسام و احکام این شروط را ذکر کرده است. اما اولاً تعریفی از شرط ضمن عقد ارائه نداده و ثانیاً از شرایط صحت شروط ضمن عقد به صورت ایجابی گفتگویی به میان نیاورده است، بلکه ابتدا به ذکر شروط باطل (ماده ۲۳۲ ق.م.) پرداخته و سپس صرفاً از شروط باطل و مبطل (ماده ۲۳۳ ق.م.) سخن رانده است. از سوی دیگر، قانون‌گذار به احکام و مواد روشن و صریحی درباره شرایط ارکان عقد و اوصاف عوضین پرداخته است (مواد ۱۹۰ و ۲۱۶ ق.م.); به گونه‌ای که معلوم بودن موضوع و لزوم رفع ابهام از مورد معامله بر پنج محور اصلی استوار گردیده است: وجود، حصول، جنس، وصف، مقدار. بنابراین معامله چیزی که در وجود یا قابلیت تسلیم آن، جهل و ناتوانی وجود دارد یا اوصاف آن از جنس و وصف و مقدار معلوم نیست، به جهت غرری بودن باطل است. همچنین مشروعیت جهت معامله از شرایط اساسی صحت آن است. در لزوم تعلق اراده انشایی به عقد و موضوع قرارداد نیز با توجه به نص ماده ۱۹۱ قانون مدنی تردیدی نیست. در این زمینه نیز مراحل تحقق عقد بر چهار اصل: وقوع قصد انشاء (وجود)، مبرز خارجی (احراز)،

تطابق اراده‌ها (موافقت)، عدم مانع (سلامت) قرار گرفته است.

اما در شرایط اساسی اعتبار شرط و لزوم تعلق اراده مستقل انشایی نسبت به آن، مقررات قانون مدنی ساکت یا ناکافی بوده و به طور صریح احصا نشده است. با فقد نص قانونی یا نقص آن، در اینکه در نتیجه تبعیت شرط از عقد، آیا قواعد عمومی صحت قرارداد بر شرط نیز قابل تطبیق و اعمال است یا خیر، بین استادان حقوق و نظریه پردازان شرط اختلاف است.

مانند عقد می‌توان شرایط صحت شرط را به شرایط عمومی و اختصاصی تقسیم کرد. آنچه که قانون مدنی در ماده ۱۹۰ درباره شرایط عمومی عقود آورده، در مورد شرط هم صادق است و آنچه در مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ احصا شده، درباره شرایط اختصاصی صحت شرط حاکم است. پس شرایط اعتبار (ماده ۱۹۰) با شرایط صحت و فساد شرط (مواد ۲۲۳ و ۲۲۴) متفاوت است. صحت و اعتبار یکی نیست، هرچند اگر عقدی صحیح نباشد، معتبر نیست. همان طور که بحث در مقدریت و عدم مقدریت شرط، فرع بر امکان وقوع آن است، بحث در صحت و فساد شرط، فرع بر اعتبار آن است. پس نتیجه تدقیق بیشتر، تفکیک بین شرایط صحت و اعتبار شرط است. لازمه درستی شرط صرفاً خارج بودن از مصادیق مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ نیست، بلکه باید واجد شرایط اعتبار هم باشد. علاوه بر شرایط عمومی صحت شرط، ترسیم خطوط تاریک و مبهم احکام و قواعد شرط با توجه به وضع ویژه آن در ارتباط با قرارداد و طرف‌های عقد و غبارزدایی از مقررات قانون مدنی در موارد نقص و اجمال، چهره دیگر حلقه‌های مفقوده موضوع این پژوهش قرار گرفت که با ابداع احتمالات و طرح نظریه اعتبار شرط و واکاوی و طبقه‌بندی دیگر حلقه‌های مفقوده شرط در سه حوزه: حلقه‌های مفقود در شروط مذکور، حلقه‌های مفقود در شروط غیر مصرح صحت شرط (شروط اختصاصی) و حلقه‌های مفقود در شروط غیر مصرح اعتبار شرط (شروط عمومی) و با کشف و ضبط حلقه‌های مفقوده در هر قسمت، تلاش شد با شناسایی خلأهای موجود و نوآوری و یافته‌های تازه و پیشنهاد حلقه‌های تکمیلی شرط، نقص و کاستی قانون مدنی ترمیم و زنجیره‌ای به هم پیوسته از احکام و آثار شرط ارائه شود تا این تأسیس در جایگاه واقعی خود قرار گیرد.

## کتاب‌شناسی

۱. ابن قیم جوزیه، شمس‌الدین ابو عبدالله محمد بن ابی‌بکر بن ایوب، *اعلام الموقعین عن رب العالمین*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۱ ق.
۲. جعفری‌تبار، حسن، *دیو در شیشه*، تهران، نگاه معاصر، ۱۳۹۶ ش.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *تأثیر اراده در حقوق مدنی*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۷ ش.
۴. همو، *تئوری موازنه*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۱ ش.
۵. همو، *فلسفه اعلی در علم حقوق*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲ ش.
۶. همو، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۱ ش.
۷. صدر، سیدمحمدباقر، *الاسلام یقود الحیاة*، قم، مرکز الابحاث و الدراسات التخصصية للشهيد صدر، ۱۴۲۹ ق.
۸. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، *حاشیه کتاب المکاسب*، چاپ دوم، قم، مؤسسه طيبة لاحیاء التراث، ۱۴۲۹ ق.
۹. عابدی، احمد، *دروس خارج فقه، خيارات*، قم، ۱۳۹۷ ش.
۱۰. علامه، سیدمهدی، *شروط باطل و تأثیر آن در عقود*، تهران، میزان، ۱۳۸۷ ش.
۱۱. علی‌اکبریان، حسنعلی، *قاعده عدالت در فقه امامیه*، گفتگو با جمعی از اساتید حوزه و دانشگاه، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۹۶ ش.
۱۲. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۶ ش.
۱۳. کاشف‌الغطاء، محمدحسین بن محمدرضا، *تحریر المجله*، تهران، مجمع جهانی تقریب مذاهب اسلامی، ۱۳۹۰ ش.
۱۴. مامقانی، ملاعبدالله بن محمدحسن، *نهایة المقال فی تکملة غاية الآمال*، قم، مجمع الذخائر الاسلامیه، ۱۳۵۰ ق.
۱۵. محقق داماد، سیدمصطفی، و دیگران، *حقوق قراردادها در فقه امامیه*، تهران، سمت، ۱۳۹۷ ش.
۱۶. مطهری، مرتضی، *عدل الهی*، تهران، صدرا، ۱۳۸۷ ش.
۱۷. همو، *نظام حقوق زن در اسلام*، تهران، صدرا، ۱۳۹۵ ش.
۱۸. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *کتاب البیع*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۶۸ ش.
۱۹. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن، *رساله در شروط ضمن عقد*، ترجمه امیر بارانی بیرانوند و فاطمه امیری پاک، تهران، خرسندی، ۱۳۹۶ ش.
۲۰. نراقی، احمد بن محمدمهدی، *عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام*، قم، مکتبه بصیرتی، ۱۳۶۶ ش.

# بررسی مصداقیت مصرف اکثر اموال در امور خیریه، برای سفاهت عارضی با نگاهی بر فقه امامیه\*

- حسین یوسفی فر<sup>۱</sup>
- حسین احمدی<sup>۲</sup>
- علی واعظ طبسی<sup>۳</sup>

## چکیده

مصرف تمام یا اکثر اموال در امور خیریه که توسط بعضی از افراد انجام می‌شود، یکی از موضوعاتی است که به دلیل غیر متعارف بودن این کار، در خصوص الحاق آن به موضوع سفاهت عارضی، نظرات مختلفی وجود دارد. بعضی از فقها به استناد اطلاق آیات و روایات زیادی که در آن‌ها امر به انفاق شده است، این کار را یک عمل سفیهانه نمی‌دانند؛ ولی بعضی دیگر با استناد به آیات و روایاتی که در آن‌ها به صورت مطلق از اسراف نهی شده است، ولو در امور خیریه، این کار را اسراف و تبذیر دانسته و قائل به سفاهت عامل آن

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۹/۲۷ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۷/۹.

۱. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد مشهد (نویسنده مسئول) (hyoufar@gmail.com).
۲. دانشیار گروه حقوق، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران (ahmari.hosein@yhoo.com).
۳. استادیار گروه حقوق، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران (avt.vaez@yahoo.com).

می‌باشند و بعضی دیگر در جمع بین این دو نظریه، بحث را به سوی شخص انفاق کننده برده و ملاک در صدق و عدم صدق سفاهت بر این عمل را مقدار شناخت و توکل شخص به خداوند دانسته‌اند که در صورت عدم وجود این صفت، کار او را یک عمل سفیهانه می‌دانند.

در این تحقیق ضمن ارائه بیان جامعی از هر نظریه، به تحلیل و بررسی ادله اقوال پرداخته شده و در نهایت با پذیرفتن نقش عرف در این مسئله و بررسی صورت‌های مختلف این عمل و سفیهانه دانستن بعضی از حالات و عدم آن، می‌توان گفت که اگر عنصر تکرار در این کار نباشد، نمی‌توان کاشفیت این عمل را از سفاهت شخص انفاق کننده ادعا کرد.

**واژگان کلیدی:** سفاهت، سفاهت عارضی، مصرف اموال در امور خیریه.

## ۱. مقدمه

### ۱-۱. بیان مسئله

یکی از مسائل مهمی که در باب سفاهت غیر متصل به صغر (سفاهت عارضی) مطرح می‌شود، خیرات فراوان و غیر متعارفی است که از طرف بعضی از افراد جامعه اتفاق می‌افتد که باعث نگرانی اطرافیان به ویژه ورثه می‌شود و از طرفی، وجود چنین رفتارهایی می‌تواند تأثیر بسزایی در عدم تمایل مردم به برقراری تعاملات مالی با این اشخاص داشته باشد؛ علاوه بر آنکه در نظام معاملی موجود در جامعه نیز می‌تواند خلل‌هایی وارد نماید که حسب تتبع انجام شده، طرح بحث آن در کلام متقدمان از فقها وجود نداشته و اولین فقیهی که به این مسئله اشاره می‌کند، محمد بن شجاع قَطَّان حَلّی در کتاب *معالم الدین فی فقه آل یاسین* است (قَطَّان حَلّی، ۱۴۲۴: ۴۶۰/۱) و سپس تمامی فقهای متأخر و معاصران در خصوص الحاق آن به موضوع سفاهت عارضی اظهار نظر کرده‌اند.

ما در این تحقیق برای رسیدن به این پرسش که آیا این نوع از خیرات می‌تواند مصداقی برای سفاهت عارضی واقع شود، ضمن مراجعه به آراء فقهای امامیه در این مسئله، به تحلیل و بررسی هر یک از اقوال و ادله آن‌ها خواهیم پرداخت و در پایان، نظریه منتخب را بیان خواهیم کرد که نتیجه این مسئله می‌تواند کمک شایانی به جامعه

و کلا در تنظیم لایحه‌های مستدل در موضوعات مرتبط با این بحث، و به جامعه قضات در صدور احکامی متقن داشته باشد. همچنین می‌توان یکی از موضوعات مرتبط با این مسئله را ضمانت‌های مکرر و خارج از عرفی دانست که توسط برخی از افراد به نیت انجام کار خیر صورت می‌پذیرد که این اقدامات، هم نگرانی ورثه را در پی خواهد داشت و هم جایگاه این شخص را در نظام معاملی موجود کاهش خواهد داد و در مواردی نیز منجر به درخواست صدور حکم محجوریت مبتنی بر سفاهت از طرف ورثه خواهد گردید. لذا می‌توان با استفاده از قانون تنقیح مناط، حکم این موارد را از حکم مسئله مورد بحث به دست آورد.

### ۲-۱. سفاقت در لغت

لغویان در بیان معنای این لغت چنین گفته‌اند: اصل این ماده دال بر یک نوع خفت و سبکی می‌کند که لازمه آن اضطراب و انفعال و عدم استقامت در مقابل فشارها و عوامل خارجی است، که هم در امور مادی استعمال می‌شود، همانند اینکه به لباس نازک «ثوب سفیه» می‌گویند که در مقابل سرما و گرما مقاوم نیست (ابن فارس، ۱۴۰۴: ۷۹/۳) و هم در امور معنوی استعمال می‌شود، همانند اینکه می‌گویند: «سَفَهَ فلان رأیَه»؛ یعنی در نظر و رأی خود استقامت نکرد و دچار تزلزل شد (ابن اثیر جزری، بی‌تا: ۳۷۶/۲) و بعد از بیان این اصل، سفاقت را این گونه معنا کرده‌اند:

«السفاقة: خفة اللحم ونقص فی العقل» (فیومی مقری، بی‌تا: ۲۷۹/۲؛ ابن منظور، ۱۴۱۴: ۲۷۹/۱۴).

لذا به سفیه، خفیف‌العقل می‌گویند و بعضی از لغویان پا را فراتر نهاده و گفته‌اند: «السفاقة: ضدّ اللحم والعقل» (جوهری، ۱۴۱۰: ۲۳۴/۶) که ظاهراً مراد کسی است که فاقد عقل متعارف در بین مردم باشد، وگرنه از کسی که اصلاً دارای قوه عاقله نیست، به مجنون تعبیر می‌شود. البته بعضی نیز در معنای آن گفته‌اند: «السَفَه: الجهل» (ابن اثیر جزری، بی‌تا: ۳۷۶/۲) که ظاهراً در این تعبیر، جهل را در مقابل عقل دانسته‌اند؛ لذا می‌گویند: «السفیه: الجاهل». حال با دقت در کلام اهل لغت و موارد استعمال این لفظ در قرآن کریم که بیش از هشت آیه می‌باشد، می‌توان گفت:

«سفیه به کسی گفته می‌شود که رفتار او عقلایی نباشد؛ خواه منشأ آن، کامل نشدن قوه عاقله او در مراحل رشد باشد و خواه منشأ آن با وجود قوه عاقله متعارف، وجود مانعی برای استفاده از آن باشد، همانند شارب‌الخمیر، و یا ندانستن و ارتباط نداشتن آن شخص و جهل به مسائل آن موضوع خاص باشد که منجر به رفتاری سفیهانه شود» (صدر، ۱۴۲۰: ۲۶۱/۴).

### ۳-۱. سفاهت در اصطلاح

همان طور که در معنای لغوی سفاهت گذشت، سفاهت کیفیتی است که می‌تواند تمامی امور زندگی یک شخص را تحت الشعاع قرار دهد و طبق بیان بعضی از فقها، دارای مراتب و درجاتی مختلفی می‌باشد که یکی از این درجات، سفاهت مالی است (نراقی، ۱۴۱۷: ۵۱۳). متأسفانه فقهای عظام در بحث ممنوعیت و محجوریت سفیه، فقط تصرفات مالی او را محور قرار داده و تصرفات غیر مالی او را مجاز دانسته‌اند و یا سخنی از تصرفات غیر مالی او به میان نیاورده‌اند. حال در بحث از تعریف این درجه از سفاهت، غالب فقها و حقوق‌دانان تعریفی از سفیه نه سفاهت را ارائه کرده‌اند؛ همانند تعریف علامه در قواعد الاحکام که می‌فرماید:

«سفیه کسی است که اموال خود را در اموری صرف می‌کند که عقلاً چنین مصارفی را نمی‌پسندند» (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۱۳۷/۲).

ولی عده‌ای دیگر، همانند تعریف مصدری واژه رشد، سفاهت را این گونه تعریف کرده‌اند:

«سفاخت، مصرف کردن اموال است در اموری که متناسب با افعال عقلاً نیست» (جمال‌الدین حلی، ۱۴۰۷: ۵۱۶/۲).

حال این کیفیت ممکن است از زمان کودکی در شخص باشد که به آن سفاهت متصل به صغر می‌گویند. ولی اگر بعد از بلوغ عارض شود، به آن سفاهت عارضی می‌گویند که هیچ یک از فقها تعریفی مستقل در خصوص آن ارائه نکرده‌اند؛ اما در بحث از سفاهت مالی، اشاراتی به این موضوع داشته و مسائل مربوط به آن را مطرح نموده‌اند که به چند نمونه از این عبارات اشاره خواهیم کرد:

الف) کلام شیخ طوسی در کتاب الخلاف:



«هنگامی که صبی بالغ شد و اطمینان به رشد او حاصل گردید و اموالش به او تحویل شد و سپس اهل تبذیر شد و اموالش را در راه گناه مصرف کرد، حکم به حجر او خواهد شد» (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۸۸/۳).

عبارت «سپس اهل تبذیر شد»، اشاره به عروض سفاهت دارد.  
**ب) کلام شهید ثانی در کتاب مسالک الافهام در شرح سخن علامه حلی در شرائع الاسلام:**

«حکم شخص مفلس مشخص است، ولی در خصوص سفیه می‌توان گفت که اطلاق کلام مصنف، هم شامل کسی می‌شود که سفاهت او بعد از رشد تجدید شود و هم شامل کسی می‌شود که سفاهت او متصل به بلوغ باشد» (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۶۲/۴).

عبارت «سفاهت او بعد از رشد تجدید شود»، دال بر سفاهت عارضی است. حال با دقت در عبارات متقدمان و متأخران از فقها و همچنین با استفاده از کلام بعضی از معاصران (همان: محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۶۲/۴؛ مجاهد طباطبایی حائری، بی‌تا: ۹۲) می‌توان سفاهت عارضی را این گونه تعریف کرد:

«کیفیتی است که در اثر عروض آن، انسان نمی‌تواند به طور کامل از قوه عاقله خویش استفاده کرده و امور خویش را مدیریت کند؛ خواه این امور شخصی باشد یا اجتماعی، مالی باشد یا غیر مالی» (صدر، ۱۴۲۰: ۲۶۴/۴).

#### ۴-۱. عوامل مؤثر بر حدوث سفاهت عارضی

بحث از عوامل مؤثر بر حدوث سفاهت، یکی از موضوعاتی است که بیشتر در علم پزشکی از آن یاد شده و دلایل مختلفی برای عروض چنین کیفیتی بر انسان بیان شده است؛ همانند فشارهای روانی بر شخص که در بعضی از مقاطع زندگی او حاصل می‌شود و منجر به اختلال در عملکرد قوه عاقله او می‌گردد. همچنین می‌تواند در اثر اختلالات جسمی که بر نحوه عملکرد مغز انسان تأثیر می‌گذارند، به وجود آید؛ مثلاً ممکن است در اثر تصادفی و ایجاد جراحی در مغز، انسان قادر به پردازش بعضی از اطلاعات نباشد که مهم‌ترین و شایع‌ترین این وضعیت در افراد مبتلا به آلزایمر دیده می‌شود. بیماری آلزایمر یک بیماری تحلیل‌برنده و پیش‌رونده سیستم عصبی مرکزی

انسان است که موجب زوال قوای عقلانی می‌شود. صرف نظر از مباحث پزشکی مربوط، از دیدگاه حقوقی، شخصی که دچار بیماری آلزایمر می‌شود، به دلیل عدم تمرکز فکری بر امور و نیز فراموشی حاد و مکرر در خصوص موضوعات مختلف از جمله اشخاص طرف معامله و نیز اموالش، در معرض خطر سوءاستفاده اشخاص ثالث قرار دارد. در واقع، انجام اعمال حقوقی توسط بیمار مبتلا به آلزایمر خفیف، شباهت زیادی به اعمال سفیه دارد (کریبی، ۱۳۹۴: ۲۹/۳۵) و بعضی نیز افرادی را که در اثر مصرف بعضی از داروها، چه به صورت دوره درمان، همانند کسانی که بر اثر امراض سخت مجبور به مصرف طولانی مدت داروهایی می‌شوند که سیستم تصمیم‌گیری آن‌ها را دچار اختلال می‌کند، و چه به صورت اعتیاد و وابستگی شدید به مواد مخدر باشد که در هر دو صورت، شخص قادر به تصمیم‌گیری عاقلانه در امور شخصی و اجتماعی خود (مالی و غیر مالی) نمی‌باشد، سفیه عارضی دانسته‌اند (میرفاطمی، ۱۳۸۴: ۶۰/۸). البته در کلام بعضی فقها به این بحث اشاراتی شده است؛ همانند این کلام شهید صدر که می‌فرماید:

«اگر شخصی به سن بلوغ رسید و رشید شد و ولایت پدر و جد پدری از او مرتفع گردید، ولی دوباره سفاهت او به خاطر مرض و یا پیری و یا عامل دیگری عود کرد، دیگر ولایت پدر و جد عود نخواهد کرد و ولایت او با حاکم شرع خواهد بود و تا مادامی که سفاهتش مرتفع نشود، ولایت حاکم ادامه خواهد داشت» (صدر، ۱۳۸۲: ۴۱/۲).

بیشتر فقها در این باب بدون اشاره به عوامل مؤثر بر حدوث این کیفیت، به بررسی اقداماتی پرداخته‌اند که احتمال الحاق آن به موضوع سفاهت عارضی وجود دارد (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۸۸/۳).

## ۲. سفاهت عارضی در مصداق «مصرف اکثر اموال در امور خیریه»

یکی از مباحثی که در این نوع از سفاهت مطرح می‌شود، بررسی مواردی است که می‌تواند مصداق برای موضوع سفاهت قرار گیرد؛ همانند مصرف اموال در مواردی که شرعاً گناه محسوب می‌شود و یا ولخرجی‌هایی که توسط بعضی از جوانان اتفاق می‌افتد که غالباً فقها این مباحث را در خاتمه بحث از رشد و راه‌های اختیار شخص بالغ رشید

مطرح می‌کنند (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۵۳۶/۲؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۳۵۵/۲۰) و بیان می‌دارند که چه تصرفات مالی در نزد عقلا غیر متعارف بوده و می‌تواند دلالت بر سفاهت فاعل این امور داشته باشد. یکی از مواردی که بین فقهای امامیه در خصوص الحاق آن به سفاهت عارضی اختلافات زیادی صورت گرفته است، بحث از خیرات فراوانی است که توسط بعضی از مردم در جامعه اتفاق می‌افتد. بعضی از فقها به استناد اطلاق آیات و روایات زیادی که در آن‌ها امر به انفاق شده است، این کار را یک عمل سفیهانه نمی‌دانند؛ ولی بعضی دیگر با استناد به آیات و روایاتی که در آن‌ها به صورت مطلق از اسراف نهی شده است ولو در امور خیریه، این کار را اسراف و تبذیر دانسته و قائل به سفاهت عامل آن می‌باشند و بعضی دیگر در جمع بین این دو نظریه، بحث را به سوی شخص انفاق‌کننده برده و ملاک در صدق و عدم صدق سفاهت بر این عمل را مقدار شناخت و توکل شخص به خداوند دانسته‌اند که در صورت عدم وجود این صفت، کار او را یک عمل سفیهانه می‌دانند.

ما در این تحقیق به نقل اقوال و بررسی ادله آن‌ها و ارائه تحلیلی دقیق درباره این مسئله خواهیم پرداخت:

## ۱-۲. نظریه سفیهانه نبودن مصرف اموال در امور خیر به نحو اطلاق

بعضی از فقها به طور مطلق مصرف اموال را در کارهای خیر از جمله ساخت مساجد و مدارس، یک عمل سفیهانه نمی‌دانند (کاظمی، ۱۳۸۹: ۱۴۳/۳) که ظاهر کلام علامه حلی در کتاب *القواعد* همین اطلاق است:

«صرف المال إلى وجوه الخیرات لیس بتبذیر» (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۱۳۵/۲)؛ مصرف اموال در امور خیریه، تبذیر و اسراف محسوب نمی‌شود.

لذا سید عاملی صاحب *مفتاح الکرامه* در شرح کلام علامه می‌گوید:

«ظاهر إطلاقه أنه لا فرق بین الإفراط فی ذلك وعدمه ولا بین کون ذلك لائقاً بحاله أو لا» (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۶۹/۱۶)؛ ظاهر اطلاق کلام علامه این است که [چنین خیراتی تبذیر محسوب نمی‌شود و] فرقی نیست بین اینکه در آن زیاده‌روی شود یا خیر و بین اینکه متناسب با وضعیت [مالی و جایگاه اجتماعی] شخص باشد یا خیر.

علاوه بر آن، از ظاهر کلام محقق اردبیلی در *مجمع الفائدة و البرهان* (۱۴۰۳: ۲۰۰/۱) و همچنین مطلبی که از مرحوم طبرسی نقل شده است (طبرسی، بی‌تا: ۴۱۵/۵)، همین نظریه برداشت می‌شود. لذا شهید ثانی در *مسالك الافهام* این قول را به مشهور فقها نسبت داده و می‌فرماید:

«أما صرفه فی وجوه الخیر كالصدقات و بناء المساجد والمدارس وإقراء الضیف فإن كان لائقاً به عادتاً لم یکن سفیهاً قطعاً وإن زاد علی ذلك فالمشهور أنه كذلك» (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۵۲/۴)؛ اما مصرف کردن اموال در امور خیریه همانند صدقه دادن و ساخت مساجد و مدارس و مهمانی گرفتن، اگر این کارها در عرف متناسب با شأن او باشد، قطعاً [و در نظر همه فقها انجام‌دهنده آن] سفیه محسوب نمی‌شود؛ ولی اگر این گونه بخشش‌ها از شأن عرفی او بیشتر باشد، بنا به نظر مشهور در این صورت نیز [انجام‌دهنده آن] سفیه محسوب نمی‌شود.

محل استدلال قسمت دوم عبارت ایشان است که می‌فرماید: «اگر این گونه بخشش‌ها از شأن عرفی او بیشتر باشد، بنا به نظر مشهور در این صورت نیز سفیه محسوب نمی‌شود». این عده برای اثبات این نظریه به دلایل زیر استناد کرده‌اند:

## ۱- آیات

اولین دلیل طرفداران این نظریه، تمسک به اطلاق اوامری است که در آیات متعددی از قرآن وارد شده و به بندگان دستور انفاق می‌دهد که به یقین شامل انفاق اکثر و یا تمامی اموال در امور خیریه نیز می‌شود؛ همانند: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَنْفِقُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ﴾ (بقره ۲۶۷).

در مقام اشکال بر این دلیل می‌توان گفت: در صورتی تمسک به اطلاق این آیات صحیح می‌باشد که قرینه‌ای بر تقیید و تعیین مقدار مالی که امر به انفاق آن شده است، وجود نداشته باشد که در این حالت می‌تواند شامل انفاق جمیع یا اکثر اموال نیز شود و حال آنکه در این آیه می‌توان با تکیه بر معنای حرف جازه «من» که ظهور در تبعیض، و دلالت بر انفاق بعضی از اموال دارد نه همه اموال، ادعای وجود قرینه لفظیه کرد که با وجود این، تمسک به اطلاق صحیح نمی‌باشد (جوادی آملی، ۱۳۸۷: ۳۵/۲).

## ۲- روایات

الف) تمسک به حدیث شریف زیر:

«لا سرف فی الخیر کما لا خیر فی السرف» (نوری طبرسی، ۱۴۰۸: ۲۶۴/۱۵): اسرافى در کار خیر نیست، همان طور که خیری در اسراف نیست.

طبق این حدیث، اگر کسی تمام اموالش را در امور خیریه مصرف کند، نمی‌توان او را مسرف دانست و عمل او را یک نوع تبذیر به شمار آورد؛ لذا اطلاق سفیه بر چنین شخصی صحیح نیست (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۶۹/۱۶).

در رد این دلیل می‌توان گفت این کلامی که شما به آن استدلال کردید، سخن معصوم نیست، بلکه قسمتی از حکایتی است که در کتب تفسیری و روایی آمده است که مردی زیاد صدقه می‌داد، لذا دوستش به او گفت: «لا خیر فی السرف» (خیری در اسراف کردن و زیاد صدقه دادن وجود ندارد). ولی آن مرد در جواب دوستش بیان داشت: «لا سرف فی الخیر» (اسرافى در مصرف مال در امور خیر وجود ندارد). حال اگر ثابت شود که این سخن از معصوم علیه السلام نیست، دیگر نمی‌توان به آن برای مدعای خود استدلال کرد (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۲۵۲/۵؛ زمخشری، ۱۴۰۷: ۶۶۱/۲).

ب) تمسک به روایتی که آن را معاویه بن عمار در طریقی صحیح از امام صادق علیه السلام نقل می‌کند که در آن، حضرت رسول صلی الله علیه و آله و سلم خطاب به امیرالمؤمنین علیه السلام می‌فرماید: «وَأَمَّا الصَّدَقَةُ فَجَهْدُكَ حَتَّى يَقَالَ قَدْ أَسْرَفْتُ وَلَمْ تَسْرِفْ» (صدوق، ۱۴۱۳: ۱۸۹/۴): ای علی! تمام تلاشت را در خصوص صدقه دادن به کار گیر تا آنجا که گفته شود در این کار اسراف کرده‌ای و حال آنکه تو در واقع اسراف نکرده‌ای.

در این روایت، حضرت رسول صلی الله علیه و آله و سلم ایشان را تشویق به انفاق و جهد و تلاش برای این امر می‌کند، به طوری که در نظر مردم این کار اسراف محسوب شود و در مقام عمل، زمانی به مرحله اسراف عرفی و قضاوت مردم می‌رسد که تمام یا اکثر اموال خود را در این راه مصرف نماید.

البته به نظر می‌رسد که این روایت علاوه بر اینکه می‌تواند فقط ظهور در اصل مطلوبیت انفاق و تشویق به آن داشته باشد، احتمال اختصاص آن نیز به اهل بیت علیهم السلام وجود دارد.

## ۳- اصل

الف) اصل عدم سفاهت: یعنی اگر از شخص رشیدی چنین کاری صادر شد که باعث ایجاد شک در عروض سفاهت مالی نسبت به آن شخص گردید، در چنین حالتی، اصل بر عدم سفاهت است. حال در مراد از این اصل، دو احتمال وجود دارد؛ یا مراد اصل استصحاب رشد است که حالت سابقه این شخص قبل از تصمیم به صرف اموال خود در امور خیر می‌باشد و یا مراد اصالت عدم تحقق سفاهت است. طبق هر دو احتمال، سخن آن‌ها ثابت می‌شود و شخص بعد از انجام این عمل و مصرف اموال خود در امور خیریه، سفیه محسوب نمی‌شود (مجاهد طباطبایی حائری، بی‌تا: ۹۶).

در رد این دلیل می‌توان گفت ما زمانی می‌توانیم به اصول عملیه مراجعه کنیم که دلیل لفظی در مسئله وجود نداشته باشد و حال آنکه در این مسئله، عمومات و اطلاعات زیادی دال بر ترغیب انسان بر انجام امور خیر و انفاق وجود دارد (صدوق، ۱۴۱۳: ۱۸۹/۴) که با وجود آن‌ها دیگر شکی باقی نمی‌ماند و آن عمومات شامل این عمل شده و این کار یکی از مصادیق انفاق خواهد بود.

ب) اصل عدم تخصیص: اگر این گونه تصرفات، باعث تحقق سفاهت شود و شخص با انجام آن‌ها از رشید بودن خارج شود، لازمه‌اش این است که تمامی اطلاعات و عموماتی را که در خصوص ترغیب انسان به انجام امور خیر وارد شده است، تخصیص بزیم؛ زیرا خداوند به چیزی که مقتضی سفاهت است، امر نمی‌کند. پس ما باید این عمومات و اطلاعات را تخصیص بزیم تا این موارد از ذیل آن‌ها خارج شوند و حال اینکه این تخصیص درست نیست؛ زیرا ما در اینجا دلیلی بر تخصیص و تقیید نداریم و در جایی که دلیلی بر تخصیص و تقیید نداشته باشیم، اصل بر عدم آن دو است (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۰۰/۹).

در جواب از این دلیل می‌توان گفت که ما در اینجا دلیل بر تخصیص اطلاعات و عموماتی داریم که در خصوص ترغیب انسان به انجام امور خیر وارد شده‌اند، و آن‌ها همان آیات و روایاتی هستند که در نظریه بعدی، هر گونه اسراف را در امور خیر ممنوع دانسته‌اند و در حکم مخصص برای این عمومات عمل می‌کنند.

#### ۴- وجود سیره

این سخن که بذل و بخشش اکثر اموال در امور خیریه، یک عمل سفیهانه است، مخالف سیره موجود بین اصحاب حضرت رسول ﷺ و بعضی از ائمه علیهم السلام می باشد؛ همانند سیره موجود از امام حسن علیه السلام که به نقل تاریخ در طول عمر شریفش دو بار تمامی ثروت خویش را در راه خدا انفاق کرد (ابن شهر آشوب سروری مازندرانی، ۱۳۷۹: ۱۵/۴) و روایات زیادی که در خصوص سیره امیرالمؤمنین و اهل بیت ایشان علیهم السلام در شأن نزول سوره «هل أتی» وارد شده است.

در اشکال به این دلیل می توان گفت که ممکن است این گونه بخشش ها از طرف معصومان علیهم السلام اسراف محسوب نشود و این کار در خصوص آنان استثنا شده باشد؛ همانند بعضی از احکام که فقط این بزرگواران مأمور به انجام آن ها می باشند (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۵۶/۴).

#### ۵- حکم عقل

سفاهت وقتی محقق می شود که مصرف کردن اموال، دارای فایده نباشد و در مسئله ما نیز به ظاهر فقط از بین بردن اموال است؛ غافل از آنکه فایده فقط منحصر در فایده مادی نیست و فایده معنوی نیز می تواند علت برای انجام اموری واقع شود و فایده موجود در صرف اکثر یا تمامی اموال در امور خیر نیز یک فایده معنوی است؛ آن هم فایده ای که از خود مال و تمام فواید دنیوی بیشتر است که آیات شریفه زیادی از قرآن به آن اشاره دارند، همانند: ﴿مَنْ جَاءَ بِالْحَسَنَةِ فَلَهُ عَشْرُ مَثَلًا﴾ (انعام / ۱۶۰) و همانند آیات قرض، و در نهایت، برای به دست آوردن این فواید، جان دادن هم سزاوار است، بمانند که انسان بخواهد فقط بذل مال کند، و چطور این گونه بذل مال ها برای به دست آوردن فواید مذکور، سفاهت محسوب شود و حال آنکه معامله با پست ترین مردم، آن هم به خاطر به دست آوردن منافع جزئی، سفاهت محسوب نشود و محال است که معامله با خداوند متعال کمتر از معامله با مردم باشد (مجاهد طباطبایی حائری، بی تا: ۹۷).

در مقام اشکال به این دلیل می توان گفت: ملاک در تحقق سفاهت، صدق عنوان تبذیر و اسراف عرفی است و عرف در حکم کردن به تحقق آن ها، قصد فاعل را در

به دست آوردن رضایت الهی ملاک قرار نمی‌دهد و یا به عبارتی، ملاک در صدق عناوین معاملات، ظهور عرفی افعال است، نه قصد و نیت فاعل، و عرف در این مسئله می‌تواند قضاوت‌های مستقلی داشته باشد.

در پایان در تحلیل و بررسی این نظریه می‌توان گفت: در این نظریه با تکیه بر بعضی آیات و روایات و سیره عملی اهل بیت علیهم‌السلام، مصرف تمامی یا اکثر اموال نه تنها عمل سفیهانه شمرده نمی‌شود، بلکه به عنوان مصداقی اتم از کار خیر محسوب شده است. ولی آنچه که از دقت در ادله مورد استناد این نظریه استفاده می‌شود، هدف تحریم بر اصل انجام انفاق و مصرف مال در راه خیر است که با بیانی مبالغه‌آمیز برای ایجاد حس خیرخواهی بیان شده است، تا جایی که در بعضی از روایات، اسراف در این کار مجاز دانسته شده است. به عبارتی دیگر می‌توان گفت: لسان این روایات، یک لسان ارشادی برای حکم فطرت و عقل در کمک به هموعان است و در چگونگی این کار به طوری که افراط و تفریطی صورت نگیرد، ظهوری ندارند.

## ۲-۲. نظریه تحقق سفاقت در نتیجه مصرف اموال در امور خیریه

در مقابل، بعضی دیگر از فقها قائل به تحقق معنای سفاقت با انجام این امور هستند (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۲۰۸/۱۴؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳: ۵۸۵/۱؛ مغنیه، بی‌تا: ۹۴/۵) و برای این ادعای خود به دلایل زیر استناد کرده‌اند:

### ۱- آیات

اولین دلیل طرفداران این نظریه، تمسک به اطلاق نواهی وارده در تعدادی از آیات قرآن است که در آنها، یا از نفس این عمل به طور مطلق نهی شده و انجام آن نوعی اسراف و تبذیر دانسته شده است و یا از موضوع اسراف نهی شده و این کار می‌تواند مصداقی برای اسراف قرار گیرد. در ذیل به یک نمونه از هر کدام اشاره خواهیم کرد:

**الف) تمسک به اطلاق نهی در آیه شریفه** ﴿وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ فَتَقْعُدَ مَلُومًا مَّحْسُورًا إِنْ رَزَقَ رَبُّكَ يَبْسُطُ الرِّزْقَ لِمَن يَشَاءُ وَيَقْدِرُ﴾ (اسراء/ ۲۹)، که نهی «ولا تبسطها كل البسط» مطلق بوده و صراحت دارد در اینکه نمی‌شود همه اموال را در امور خیر مصرف کرد و این گونه تصرفات، نوعی تبذیر است که صحیح نمی‌باشد.



در رد بر این دلیل می‌توان گفت: اولاً، این دلیل دلالت بر این امر ندارد که این کار نسبت به همه انسان‌ها اسراف باشد؛ بلکه امکان دارد این حکم - با توجه به مخاطب آن که رسول خدا ﷺ می‌باشد - مخصوص به حضرت رسول ﷺ باشد. ثانیاً، اگر ما این حکم را خاص نگیریم، لازمه‌اش این می‌شود که موضوع ایثار و از خودگذشتگی را هم منع کنیم و حال آنکه آیات و روایات زیادی بر این موضوع دلالت دارند و به آن امر می‌کنند (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۰۰/۹). علاوه بر آنکه ما دلایل مختلفی داریم که در آن‌ها مدح وارد شده است بر مقدم کردن دیگران بر خود و حتی خانواده خود، البته اگر راضی باشند؛ همان‌طور که سوره «هل اتی» به آن اشاره دارد و خداوند در جاهای مختلف قرآن این کار را ممدوح دانسته است. لذا نهی موجود در آیه حمل می‌شود بر صرف مال در انفاقی که غیر متناسب با شخص باشد و یا مراد، صرف مال در معصیت است که یک درهم چنین انفاقی هم تذبذیر است (کاظمی، ۱۳۸۹: ۱۴۳/۳).

ب) تمسک به اطلاق نهی که در آیات زیادی در خصوص اسراف آمده است و مصرف اکثر یا تمامی اموال در امور خیریه، خود می‌تواند یکی از مصادیق اسراف محسوب می‌گردد و به مقتضای اطلاق ممنوع گردد (محقق سبزواری، ۱۴۲۳: ۵۸۶/۱)؛ مانند آیات شریفه: ﴿وَالَّذِينَ إِذَا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا وَكَانَ بَيْنَ ذَلِكَ قَوَامًا﴾ (فرقان/ ۶۷) و ﴿وَأَنْتُمْ حَمَّةٌ يَوْمَ حَصَادِهِ وَلَا تُسْرِفُوا إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ﴾ (انعام/ ۱۴۱). این دو آیه، دلالت بر وجود اسراف و تذبذیر در انفاق می‌کنند که توسط قسمتی از هر دو آیه ممنوع شده است.

## ۲- روایات

الف) استدلال به روایتی که در کافی و همچنین تفسیر عیاشی در ذیل آیه شریفه ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ به نقل از امام صادق علیه السلام چنین آمده است: اگر مردی تمام آنچه در دست دارد، در راه خدا انفاق کند، کار نیکی نکرده است؛ زیرا خداوند فرموده است: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾ (بقره/ ۱۹۵). در این آیه شریفه با توجه به اینکه مراد از «محسنین»، متصدقین و صدقه‌دهندگان هستند، می‌توان گفت: به یقین مصرف اکثر یا جمیع اموال در امور خیریه می‌تواند سبب

واقع شدن در مشکلات مالی و ایجاد هلاکت اقتصادی باشد که در این آیه، مورد نهی قرار گرفته است (کلینی، ۱۴۲۹: ۵۳/۴).

ب) استدلال به روایتی که ولید بن صبیح از امام صادق علیه السلام نقل می‌کند: «نزد ایشان بودم که سائلی آمد و حضرت به او مالی داد. سپس شخص دیگری آمد و حضرت به او نیز مالی داد و در همان زمان، شخص سومی وارد شد و حضرت خطاب به او برایش دعا کرد و فرمود: خداوند به تو روزی فراوان دهد. سپس فرمود: اگر کسی سی یا چهل هزار درهم داشته باشد و بخواهد همه را در راه خدا بدهد، به طوری که مالی برایش نماند، این شخص جزء سه نفری خواهد بود که دعایش مستجاب نمی‌شود. به ایشان گفتم: آن سه نفر چه کسانی هستند؟ فرمود: یکی از آن‌ها کسی است که مالی دارد و تمام آن را در راه خدا انفاق می‌کند؛ سپس به خداوند متعال می‌گوید: خدایا به من روزی بده! خطاب می‌آید که به تو روزی نخواهم داد» (همان: ۵۱۰/۲).

در مقام اشکال بر آیه دوم و روایات می‌توان گفت که این آیه و روایات فوق با عموماتی که دالّ بر رجحان انفاق است، تعارض دارند و تعارض آن‌ها نیز از قبیل تعارض عموم و خصوص من وجه است؛ با این بیان که عمومات رجحان، مختص به صورت قصد اخلاص و تقرب است، ولی این آیات و روایت اعم است و شامل قصد اخلاص و قصد دیگر است. علاوه بر آنکه روایات، دالّ بر انفاق جمیع مال یا اکثر مال است، ولی عمومات رجحان اعم از این دو مورد است و مال اندک را نیز شامل می‌شود، که در صورت تعارض، عمومات رجحان انفاق به خاطر تواترشان و تأیید با حکم عقل مقدم می‌شوند (مجاهد طباطبایی حائری، بی‌تا: ۹۶).

در پایان، در تحلیل و بررسی این نظریه می‌توان گفت: در این نظریه با توجه به آیات و روایاتی که از اسراف و زیاده‌روی در راه خیر نهی کرده‌اند، مصرف تمامی اموال در امور خیر ممنوع دانسته شده و تخلف از این نهی، یک عمل سفیهانه شمرده شده است. ولی می‌توان این ادله را به عنوان مخصوص و مقید برای عمومات ترغیب‌کننده در نظریه قبل دانست و لسان آن‌ها را دعوت و ارشادی به رعایت اعتدال عرفی در امر انفاق برشمرد و می‌توان گفت که در خصوص ارائه یک قانون کلی برای قضاوت در تمامی موارد انفاقی که اتفاق می‌افتد، ظهوری ندارند.

## ۳-۲. نظریه تفکیک بر اساس توکل و اعتقاد افراد

بعضی از فقها در این بحث، ضمن بیان وجود تعارض بین آیات و اخبار وارده در این موضوع که هر کدام مورد استناد یکی از نظریات بالا قرار گرفت، قائل به ارائه راه حلی برای رفع این تعارض می‌باشند و می‌فرمایند:

«جمع کردن بین آیات و روایاتی که در این خصوص وارد شده است، به طوری که تعارض آن‌ها رفع شود، بسیار سخت است و بهترین جمعی که می‌توان در این خصوص بیان کرد این است که بگوییم: هر کسی که توکلی قوی و اعتمادی کامل به خدا دارد، این گونه اتفاقات در حق او اسراف نیست؛ ولی اگر کسی دارای چنین صفاتی نباشد، این کار او اسراف محسوب می‌شود و آیات و روایات ناهیه، حمل بر مورد اول، و آیات و روایات تشویق‌کننده به این کار هم حمل به انفاق از طرف شخص دوم می‌شود» (بحرانی، بی‌تا: ۱۴۷/۱۳).

شبهه به همین سخن را شهید اول در کتاب *غایة المراد* در شرح کلام علامه حلی در *ارشاد الازدهان* بیان کرده است (عاملی جزینی، ۱۴۱۴: ۱۲۹/۲). همچنین فاضل صیمری در کتاب *غایة المراد* در شرح این عبارت صاحب *شرائع*: «صرف المال فی وجوه الخیر لیس بتبذیر مع بلوغه فی الخیر» فرموده است:

«احتمال دارد ضمیر در "بلوغه" به شخص صارف برگردد و مراد این باشد که این شخص، اهلیت برای صرف تمام اموال خود در راه خیر را دارد؛ یعنی به درجه‌ای از تقوا رسیده است که در این صورت، صرف تمامی اموالش در امور خیر تبذیر نیست؛ زیرا تمام همّ این شخص، آخرت است و از این دنیا اعراض کرده است و تمام خواسته‌اش چیزی می‌باشد که نزد پروردگارش است و این بینش باعث می‌شود که این کارها را انجام دهد و به مطلوب خودش برسد. لذا مبذّر محسوب نمی‌شود که البته کم هستند افرادی که به این درجه از معرفت رسیده باشند، و یا این شخص، اهلیت برای صرف تمام اموالش در راه خیر را ندارد و تاجری می‌باشد که تمام همّش جمع اموال بوده و به سختی و سفر کردن و خرید و فروش، جمع مال نموده است. اگر این شخص، تمام اموالش را در راه خدا صرف می‌کند، مبذّر خواهد بود؛ زیرا اموال را در چیزی مصرف کرده است که مقصود و همّش نبوده است و اهل این کارها نیز نبوده است؛ زیرا عادت او جمع مال است و اگر اموالش را بر خلاف مقصودش مصرف کند، سفیه محسوب می‌شود و البته این کار می‌تواند علاوه بر

اختلال در عقل و سفاقت، دلایل دیگری نیز داشته باشد، از جمله قصد ریا، و هر مصرفی که برای قصد صحیحی نباشد آن کار تبذیر است. پس ملاک، تعالی شخصیت انفاق کننده می باشد» (صیمری بحرانی، ۱۴۲۰: ۱۸۰/۲).

در این نظریه، انگیزه و میزان توکل شخص بر خدا و همچنین مقدار معرفت شخص انفاق کننده نسبت به خداوند، ملاک قرار گرفته است و اگر شخصی که تمام یا قسمتی از اموالش را در امور خیریه مصرف می کند، جزء افراد گروه اول باشد، این انفاق او یک عمل سفیهانه محسوب نمی شود و می توان گفت او کسی است که عقل معادش، عقل معاشش را تحت الشعاع قرار داده است.

در مقام تحلیل و بررسی این نظریه می توان گفت: این نظریه با هدف بیان وجه الجمعی برای دو دیدگاه قبل بیان شده است؛ ولی غافل از آنکه آنچه در نظام معاملی ملاک قرار می گیرد، ظهور عرفی یک عمل است که بعد از صدور یک عمل حقوقی از شخص، قابل استفاده می باشد و دیگر کاری به انگیزه و نیت فاعل آن ندارد و نیت غالباً در تعبدیات محور قرار می گیرد. لذا به همین خاطر است که اگر شخصی بخشی از اموالش را با نیت سوء برای مصرف در ساخت مسجدی هزینه کند، این کار او در قضاوت عرف، یک عمل خیرخواهانه محسوب می شود و حال آنکه قصد او جلب رضایت الهی نبوده است. علاوه بر آنکه لازمه معرفت الهی و رسیدن به درجات کمال عقلی، رعایت اعتدال در همه امور دنیوی و اخروی می باشد و حمل چنین کار غیر متعارفی بر شخص دارای ویژگی های فوق، امری ناپسند به نظر می رسد.

## ۲-۴. نظریه منتخب

انصاف این است که ما فرق قائل شویم بین کاری که از یک شخص سفیه صادر می شود و کاری که در عرف، یک عمل سفیهانه محسوب می شود؛ زیرا ممکن است که شخصی یک عمل سفیهانه انجام دهد، ولی خودش سفیه نباشد و حتی از دیگر اشخاص نیز کامل تر باشد. این شخص به خاطر این تفاوت در نگاهش به مسائل مالی، ممکن است ناخودآگاه در یک محدودیت اجتماعی در حیطه معاملات خود واقع شود و مردم دیگر رغبت به برقراری معاملات مالی با او نداشته باشند. ولی با این حال، این

وضعیت دلیلی برای ایجاد محدودیت و محجوریت نظام‌مند از طرف حاکم نمی‌شود؛ زیرا در این نوع رفتار، شخص کاملاً نفع و ضرر خویش و دیگران را ملاحظه کرده و فلسفه محجوریت در آن صدق نمی‌کند. حال با حفظ این مقدمه می‌توان گفت: این مسئله دارای صورت‌های مختلفی می‌باشد که باید یک به یک بررسی شوند:

**صورت اول:** شخصی بخشی از اموالش را گهگاه یا مستمراً در امور خیریه استفاده می‌کند، که این کار او در هر دو حالت، یقیناً خارج از موضوع سفاهت خواهد بود؛ زیرا عرف مصرف بعضی اموال را در امور خیریه، یک عمل سفیهانه نمی‌داند.

**صورت دوم:** شخصی اکثر اموالش را گهگاه در امور خیریه مصرف می‌کند و برای زندگی شخصی‌اش مقداری را در حد نیازهای ضروری کنار می‌گذارد، که این کار او نیز یقیناً خارج از موضوع سفاهت خواهد بود.

**صورت سوم:** شخصی اکثر اموالش را مستمراً در راه خیر مصرف می‌کند و این اتفاق نیز در این حد مناسب با شأن او می‌باشد و عرف نیز چنین عملی را از او قبول می‌کند. حال این حالت نیز به خاطر رعایت شأنیت در انفاق، جزء مصادیق سفاهت محسوب نمی‌شود (نجفی کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹: ۱۶۹/۲).

**صورت چهارم:** شخصی اکثر اموال یا تمامی اموالش را در راه خیر مصرف می‌کند و این اتفاق نیز در این حد، مناسب با شأن او نمی‌باشد و مردم این کار او را خلاف رفتار اجتماعی او تا کنون می‌دانند، که خود این صورت در دو فرض متصور است؛ فرض اول حالتی است که این شخص با اعلام قصد خود بر انفاق تمامی اموال، شروع به بخشش اموال خود کند و عرف نیز علاوه بر آگاهی از قصد او، شاهد اقدامات عملی این شخص در تحقق این کار باشد، که یقیناً عرف این کار را یک عمل سفیهانه دانسته و حکم به سفاهت فاعل آن می‌کند و فرض دوم حالتی است که این شخص یک‌باره و بدون اعلام قبلی، اقدام به انجام چنین کاری کند که انصاف در این حالت آن است که چنین عملی ظهوری ندارد؛ زیرا برای رسیدن به سفاهت یک شخص از راه دقت در افعال او، باید عمل مورد نظر چندین بار از شخص صادر شود تا دلالت بر عدم استفاده از قوه عاقله معاش در تصمیمات او داشته باشد و در فرض بحث ما (انفاق یک‌باره تمامی یا اکثر اموال در امور خیر)، این امر منتفی است؛ زیرا عرفاً تکرار این امر

امکان ندارد و بخشش تمامی اموال یک بار بیشتر قابل تکرار نیست؛ لذا نمی‌توان به صرف انجام چنین عملی ولو یک بار، حکم به سفاهت شخصی کرد و موضوع سفاهت را برای او ثابت کرد. وظیفه عملی ما نیز نسبت به چنین اشخاصی که با انجام این خیرات، شک در سفاهت آن‌ها صورت می‌گیرد، اصاله السلامه یا همان استصحاب رشد می‌باشد.

### نتیجه‌گیری

پس از بررسی اقوال موجود در این مسئله می‌توان گفت: سفیهانه دانستن مصرف بیش از حد اموال در امور خیریه، موضوعی است که نمی‌توان با مراجعه به عموم یا اطلاق آیات و روایات، آن را ثابت یا رد کرد و پیوند دادن این مسئله نیز با نحوه نگرش شخص به مسائل معنوی و میزان توکل او بر خداوند، برای خارج کردن این کار از سفیهانه بودن صحیح نمی‌باشد؛ زیرا مهم در نظام حاکم بر تعاملات مالی، ثبات متعارف در تصرفات مالی شخص است و توجهی به انگیزه و نگرش شخص نسبت به دنیا نمی‌شود. لذا نمی‌توان این گونه مسائل را ملاکی برای قضاوت در امور متداول بین مردم قرار داد و ظاهراً تنها راه، تکیه بر عرف است که می‌تواند در این مسئله که شباهت زیادی به یک شبهه موضوعیه دارد، به ما کمک کند و عرف نیز با ملاحظه موارد متعددی همچون انگیزه شخص از این کار، مقدار مالی که خرج شده و باقی مانده، وضع مادی او، سابقه او در این کار و شناخت مردم نسبت به او و قابلیت عمل مورد نظر برای تکرار و عدم آن، می‌تواند صورت‌های مختلفی را برای این مسئله فرض کرده و حکم خود را به سفیهانه بودن این عمل و همچنین سفیه دانستن فاعل آن‌ها صادر کند.

## کتاب شناسی

۱. ابن اثیر جزری، مجدالدین ابوالسعادات مبارک بن ابی الکریم محمد بن محمد، *النهاية في غريب الحديث والاثر*، قم، اسماعیلیان، بی تا.
۲. ابن شهر آشوب سروی مازندرانی، ابوجعفر رشیدالدین محمد بن علی، *مناقب آل ابی طالب (ع)*، قم، علامه، ۱۳۷۹ ق.
۳. ابن فارس، ابوالحسین احمد، *معجم مقاییس اللغة*، تحقیق عبدالسلام محمد هارون، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ ق.
۴. ابن منظور افریقی مصری، ابوالفضل جمال الدین محمد بن مکرم، *لسان العرب*، تحقیق جمال الدین میردامادی، چاپ سوم، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۴ ق.
۵. اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة والبرهان في شرح ارشاد الاذهان الى احكام الايمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۶. بحرانی، حسین بن محمد، *الانوار اللوامع في شرح مفاتيح الشرائع (للفیض)*، قم، مجمع البحوث العلمیه، بی تا.
۷. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، *الحقائق الناضرة في احكام العترة الطاهرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۸. جمال الدین حلّی، احمد بن محمد بن فهرد اسدی، *المهذب البارع في شرح المختصر النافع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۹. جوادی آملی، عبدالله، *تسنیم تفسیر قرآن کریم*، قم، اسراء، ۱۳۸۷ ش.
۱۰. جوهری، اسماعیل بن حماد، *الصحاح، تاج اللغة و صحاح العربیه*، بیروت، دار العلم للملایین، ۱۴۱۰ ق.
۱۱. حسینی عاملی، سیدجواد بن محمد، *مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۱۲. زمخشری، جارالله محمود بن عمر، *الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل و عیون الاقاویل في وجوه التأویل*، چاپ سوم، بیروت، دار الكتاب العربی، ۱۴۰۷ ق.
۱۳. صدر، سیدمحمد، *ما وراء الفقه*، بیروت، دار الاضواء للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۲۰ ق.
۱۴. صدوق، محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، *من لایحضره الفقه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۱۵. صیمری بحرانی، مفلح بن حسن (حسین)، *غایة المرام في شرح شرائع الاسلام*، بیروت، دار الهادی، ۱۴۲۰ ق.
۱۶. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *کتاب الخلاف*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۱۷. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، *مسالك الافهام الى تنقیح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسة المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۱۸. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین مکی، *غایة المراد في شرح نکت الارشاد*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۴ ق.
۱۹. علامه حلّی، ابومنصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه*، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۲۰ ق.
۲۰. همو، *تذکرة الفقهاء*، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۱۴ ق.

۲۱. همو، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.

۲۲. فیومی مقری، احمد بن محمد بن علی، المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی، قم، دار الرضی، بی تا.

۲۳. قطان حلّی، شمس الدین محمد بن شجاع، معالم الدین فی فقه آل یاسین، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۴ ق.

۲۴. کاظمی، جواد بن سعد، مسالك الافهام الی آیات الاحکام، تهران، کتاب فروشی مرتضوی، ۱۳۸۹ ش.

۲۵. کریمی، زهرا، «بررسی میزان تأثیر اختلالات روانی بر اعمال حقوقی مالی»، فصلنامه حقوق پزشکی، دوره نهم، شماره ۳۵، زمستان ۱۳۹۴ ش.

۲۶. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، الکافی، قم، دار الحدیث للطباعة و النشر، ۱۴۲۹ ق.

۲۷. مجاهد طباطبایی حائری، سیدمحمد بن علی، کتاب المناهل، قم، مؤسسه آل البيت علیه السلام، بی تا.

۲۸. محقق حلّی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.

۲۹. محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن، کفایة الاحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ ق.

۳۰. مغنیه، محمدجواد، فقه الامام الصادق علیه السلام، چاپ دوم، قم، انصاریان، بی تا.

۳۱. میرفاطمی، سیدابراهیم، «بررسی امکان صدور حکم حجر معتاد به درخواست ذی نفع یا دادستان»، فصلنامه گفتمان حقوقی، شماره ۸-۹، بهار و تابستان ۱۳۸۴ ش.

۳۲. نجفی کاشف الغطاء، محمدحسین بن علی بن محمد رضا، تحریر المجله، نجف اشرف، المكتبة المرتضویه، ۱۳۵۹ ق.

۳۳. نراقی، احمد بن محمد مهدی، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.

۳۴. نوری طبرسی، میرزا حسین بن محمد تقی، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، بیروت، مؤسسه آل البيت علیه السلام لاحیاء التراث، ۱۴۰۸ ق.



## موجز المقالات

### دراسة شرط تسديد ديون الواقف ونفقاته من عائدات الوقف

- عبد الرضا أصغرى (أستاذ مساعد فى قسم القانون بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية)
- مصطفى حسيني (طالب دكتوراه فى الفقه ومبادئ القانون بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية)
- غلامرضا يزدانى (أستاذ مساعد فى قسم القانون بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية)
- محمّد حسيني (طالب دكتوراه فى الفقه ومبادئ القانون بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية)

تُعَدُّ قَضِيَّةُ شُرُوطِ الْوَأَقْفِ وَكَيْفِيَّةُ تَنْفِيذِهَا ضَمْنَ عَقْدِ الْوَأَقْفِ، إِحْدَى الْقَضَايَا الرَّئِيسَةِ فِى عَقْدِ الْوَأَقْفِ. طَبَقًا لِمَبْدَأِ سِيَادَةِ الْإِرَادَةِ، تَفِيدُ الْقَاعِدَةُ الْأَوَّلِيَّةُ فِى الْوَأَقْفِ بِأَنَّ الْوَأَقْفَ يَسْتَطِيعُ اشْتِرَاطَ أَىِّ شَرْطٍ مَا لَمْ يَنْقُضِ الْوَأَقْفَ. وَمِنَ الشَّرُوطِ الَّتِى يَسَاوِرُ الشُّكَّ صَحَّتَهُ أَوْ فِسَادَهُ، شَرْطُ تَسْدِيدِ دِيُونِ الْوَأَقْفِ وَتَكَالِيفِهِ مِنْ عَائِدَاتِ الْوَأَقْفِ. وَالسُّؤَالُ يَقُولُ أَيْمَكُنْ لِلْوَأَقْفِ أَنْ يَشْتَرِطَ فِى عَقْدِ الْوَأَقْفِ تَغْطِيَةَ تَكَالِيفِهِ الْمَعِيشِيَّةِ الْيَوْمِيَّةِ وَتَسْدِيدِ دِيُونِهِ؟ تَتَضَارَبُ آرَاءُ الْفُقَهَاءِ وَالْقَانُونِيِّينَ فِى هَذَا الشَّأْنِ. فَمِنْهُمْ مَنْ يَذْهَبُ إِلَى عَدَمِ إِمْكَانِ اتْتِفَاعِ الْوَأَقْفِ بِوَقْفِهِ، قَائِلِينَ بِأَنَّهُ سَيَبْطُلُ عِنْدئذٍ عَقْدُ الْوَأَقْفِ وَشَرْطُهُ كِلَاهِمَا. وَمِنْهُمْ مَنْ يَرَى أَنَّ عَقْدَ الْوَأَقْفِ حَيْثُئذٍ صَحِيحٌ، لَكِنِ الشَّرْطُ بَاطِلٌ. خَلَصَتْ هَذِهِ الدَّرَاسَةُ الْوَصْفِيَّةُ - التَّحْلِيلِيَّةُ إِلَى أَنَّ الْوَأَقْفَ وَالشَّرْطَ كِلَيْهِمَا صَحِيحٌ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْوَأَقْفِ الْعَامِّ وَالْخَاصِّ، وَحَتَّى إِنَّهُ

يبدو أنّ انتفاع الواقف بوقفه لا يتعارض مع ما ورد في النصوص الفقهيّة بمفهوم حبس العين إطلاق الثمرة للآخرين، ويمكن تجويزه؛ لأنّ تطبيق هذا الشرط لا ينافي ذات العقد، وبغض النظر عن ذلك ينسجم هذا الأمر مع طبيعة الوقف وموقف الشريعة أيضًا؛ لأنّ الشارع المقدّس أكّد توسيع الوقف وتيسيره دومًا. من جهة أخرى لو يُعدّل هذا الشرط يستطيع الواقفون أن يقفوا جزءًا من أموالهم دون أيّ قلق على مستقبلهم، وتغطية نفقاتهم العائليّة وتسديد ديونهم.

المفردات الرئيسيّة: ديون الواقف، شرط الواقف، الانتفاع بالوقف، نفقات الواقف.

## التسريع في تنفيذ الحكم المدنيّ على ضوء التنفيذ المؤقت؛

### دراسة تحليليّة فقهيّة - قانونيّة

- أمير انتظاريّ (طالب دكتوراه في القانون الخاصّ بجامعة آزاد الإسلاميّة، فرع نيسابور)
- رسول مقصود بور (أستاذ مساعد في قسم القانون بجامعة آزاد الإسلاميّة، فرع نيسابور)
- سيّد محسن حسينيّ بويّا (أستاذ مساعد في قسم القانون بجامعة آزاد الإسلاميّة، فرع نيسابور)
- أحمد تاجيّ (أستاذ مساعد في قسم القانون بجامعة آزاد الإسلاميّة، فرع نيسابور)

يجوز لقائل أن يقول أنّ تنفيذ الحكم هو الغاية القصوى للمحكوم له في مسار المحاكمة، إلّا أنّ القوانين السائدة تشترط قطعيّة الحكم لتنفيذه، ولم تتحسّب القوانين الموضوعية للجهاز المنوط به تنفيذ الحكم المؤقت إلّا في حالات خاصّة، بينما كان هذا الجهاز سابقًا في المادة ١٩١ قانون قواعد الإجراءات المدنيّة المصادق عليه ١٣١٨/٠٦/٢٥ ش. (١٧ سبتمبر ١٩٣٩ م). وشرّعه المقتنّ على وفق القانون الفرنسيّ. قدّم هذا المقال بمنهجه الوصفيّ - التحليليّ، وصفًا للتسريع في تنفيذ الحكم، ومن ثمّ وضح التنفيذ المؤقت بناء على أهمّيّته. وكرّس الباحثون مسعاهم على أن يثبتوا أنّ التنفيذ المؤقت للحكم حلّ مناسب لإقامة العدالة، وأنّ التسريع في البتّ في الملفّ له سابقة فقهيّة، إذ هناك روايات في الفقه تتعلّق بالتسريع وتجنّب المماطلة في مرحلة صدور الرأى، ولو ضُمت تلك الروايات إلى وحدة المعيار، لشكّلا سندًا لتسريع تنفيذ الأحكام المؤقت في الحالات التي يحتمل إلحاق خسارة غير قابلة للتعويض، بينما يتمّ البتّ في القضية في الفقه ضمن مرحلة واحدة بأحكام قطعيّة باتّة. وتجب الدراسة هذه من خلال

دراسة نماذج للتنفيذ المؤقت في القانون السائد حالياً عن سؤال المقال بأنه لا يمكن باستقراء النماذج استنتاج قاعدة عامة، وحكم اصطيداً. ولذلك فإن حذف جهاز التنفيذ المؤقت للحكم من قواعد الإجراءات المدنيّة، خطأ جسيم، وتدعو الضرورة الملحة إلى إعادة تشريعه.

المفردات الرئسية: التنفيذ المؤقت، التنفيذ القطعي، التسريع في المحاكمة، المحاكمة الفوريّة.

## التسوية الماليّة للمصارف والكيانات الماليّة المتعثّرة،

### «على ضوء الخطة المصرفية الشاملة»

- أحمد بيغى حبيب آبادى (أستاذ مساعد بمعهد البحوث التابع للسلطة القضائية)
- حسين باشائى (ماجستير في القانون الخاص)

تعود جذور الأزمات الماليّة التي تعصف بالمصارف والمؤسّسات الماليّة، في معظم الحالات إلى امتناعها عن الوفاء بالتزاماتها. يتبنّى النظام التقليديّ تفعيل آليّة الإفلاس، للخروج من هذا المأزق. إلّا أنّ الرؤية القانونيّة من أجل تفضي استنفال الأزمات الماليّة، تميل إلى ضرورة التخلّي عن آليّة الإفلاس المعتادة، وتدعو إلى التفكير في الضرورات الاجتماعيّة والاقتصاديّة و... لتحقق الفعاليّة القصوى بأدنى مستويات الإنفاق. رسم نظام التسوية الماليّة خططاً وطروحات متنوّعة للحفاظ على الاستقرار الماليّ في المصارف، وخوّل للسلطات المشرفة حقّ التدخّل المبكّر. إضافة إلى ذلك، وإذا لم تنجح المؤسّسة في استعادة موقفها، فمن شأن الضمانات تطمين العملاء على رساميلهم. من جهة أخرى، يجب مراعاة القواعد القانونيّة الأخرى بما فيها «العدل والإنصاف في حالة الإفلاس» و«قاعدة فولكر» (قاعدة تحظر على البنوك استخدام ودائع العملاء لتحقيق أرباحها الخاصّة). ومن هنا، نسعى في بحثنا إلى التعريف بالنظام المذكور، ونسلط الضوء على مواطن القوّة والضعف فيه، ونكيّف بينه وبين «الخطة المصرفية الشاملة في الجمهوريّة الإسلاميّة الإيرانيّة» قدر المستطاع.

المفردات الرئسية: آليّة التسوية، الاستراتيجيّة التشريعيّة، الإنقاذ من الداخل، الإنقاذ من الخارج، الإفلاس.

## الأساس فيما يحوم عليه الشكّ في أمرية القواعد القانونية أو كونها مكّملة؛

### دراسة مقارنة مع النظام القانوني المصري

- يبجن حاجي عزيزي (أستاذ مشارك بجامعة بوعلی سینا، همدان)
  - حامد خسروي (ماجستير في القانون الخاص)
  - ياسر خسروي (طالب دكتوراه في الفقه ومبادئ القانون الإسلامي بجامعة آزاد الإسلامية، طهران)
- يستعين المذهب القانوني بمعايير عديدة على التمييز بين القواعد الآمرة والمكّملة. مع ذلك، قد ينتاب الشكّ في طبيعة بعض القواعد القانونية من حيث كونها آمرة أو مكّملة؛ الأمر الذي يثير تساؤلات حاسمة، منها: ما هو المبدأ المعتمد في النظام القانوني الإيراني في هذه الحالات؟ أيجوز القول بأنّ الأساس كون القواعد القانونية مكّملة في ضوء المادّة ١٠ للقانون المدني؟ إجابات القانونيين عن هذه التساؤلات متقاطعة. فمنهم من اعتمد أمرية القواعد القانونية بالاستناد إلى قاعدة أصالة الإطلاق، ومنهم من سار على ضوء المادّة ١٠ ق.م.، ليتخذ تكميلية القواعد مبدأ لنفسه، وثالث آخر مال إلى النظرية النسبية، معتقداً أنّه ينبغي أن ننحو منحى تجريبياً بدل الكلاسيّة، ونعرف من خلال الاستقراء ما اعتمده المقنن من المبادئ. وهناك طائفة اتّخذوا رأي القاضى مناط الاعتبار. في القانون المصري معياران رئيسان فيما يخصّ هذا المجال. الأوّل الأخذ بعين الاعتبار نبرة الموادّ القانونية. والثاني هو اعتماد مفهوم النظم العمومي والأخلاق الحسنة، والمعيار الحاسم في هذا الشأن هو تشخيص القاضى. وخلصت الدراسات في المصادر الفقهية والقانونية بما فيها القانون المدني في هذا الخصوص إلى أنّ الأساس في النظام القانوني الإيراني هو تكميلية القواعد القانونية، وأمريتها استثنائية وتشدّد عن القاعدة. وتستند هذه النتيجة إلى مبادئ حقوق الإنسان ومبدأ الصّحة المندرجة في المادّة ٢٢٣ ق.م.، إضافة إلى المادّة ١٠ ق.م.

المفردات الرئيسة: القاعدة الآمرة، القاعدة المكّملة، النظم العمومي، المادّة ١٠ للقانون المدني.

## دراسة في مبادئ وأحكام معاملة أموال الآخر في الفقه الإمامي،

### القانون الإيراني والقانون البريطانيّ

□ حامد خويبري (طالب دكتوراه في القانون الخاص بجامعة أصفهان)

□ سيّد محمّد صادق طباطبائي (أستاذ مشارك في قسم القانون بجامعة أصفهان)

□ علي رضا آرش بور (أستاذ مساعد في قسم القانون بجامعة أصفهان)

يعدّ أغلبية علماء القانون ومشهور الفقهاء، قوانين الفصولي من القواعد العامّة في العقود، ويعمّمونها على جميع أنواع العقود. أدت هذه الشموليّة إلى أن يعتبر بعض علماء القانون أحكام الفصولي متناقضة مع النظم العامّ. وفي المقابل هناك استثناءات في القانون البريطانيّ بحجّة توفير النظم العامّ قاعدة «عدم إمكان انتقال العلاقة، بواسطة غير ذوى الحقوق» ويعتبر انتقال مال الآخر ذا صلاحية في بعض الحالات. إضافة إلى ذلك يؤيد القانون البريطانيّ، صلاحية معاملات الوكيل الخارجة عن الحدود المأذونة، أو معاملات كلّ من يتظاهر بالنيابة والتمثيل، وذلك تيسيراً للنشاط التجاريّ. ووجوه الافتراق بين هذين النظامين القانونيين في النظر إلى فعالية التشريع حول نقل مال الآخر وكذلك تباين الأحكام، ناجمة عن تباين مبادئ «معاملة مال الآخر». أثبتت هذه الدراسة عبر الفصل بين معاملات فصولي المراعى من الموقوف أنّ مبدأ عدم الصلاحية في معاملات الأخير هو نظرية «الإحالة إلى المالك»، والقانون البريطانيّ تركز معاملة مال الآخر، بحسب الحكم على مبدأين «النيابة الناجمة عن التنفيذ» و«إدارة العقد». المفردات الرئيسة: العقد الفصولي، معاملة مال الآخر، النيابة الناجمة عن التنفيذ، إدارة العقد، الإحالة إلى المالك.

### الضمان المعلق؛

### مقاربة فقهية نقدية للمواد ٦٩١، ٦٩٩ و ٧٠٠ في القانون المدنيّ

□ هادي خوش نقش (طالب في المستوى الرابع بحوزة قم العلمية)

□ محمّد أدبي مهر (أستاذ مشارك بمجمّع فارابيّ التابع لجامعة طهران)

تأتي مسألة اشتراط التنجيز في العقود، ضمن الأبحاث الفقهية المحفوفة بالتحديات،

حيث ادعى بعض الفقهاء بأن بطلان العقد التعليقي أمر مجمع عليه في الفقه الشيعي. ومن أهم العقود وأكثرها تداولاً عقد الضمان المجمع عليه في رأى الكثير من الفقهاء، وبالتالي يبطل الضمان التعليقي. من جانب آخر خالف البعض الآخر من الفقهاء حكم البطلان، عبر نقد أدلة بطلان التعليق، والاستناد إلى الأدلة العامة المتعلقة بالوفاء بالعقد. يرى هؤلاء الفقهاء أن الإجماع مدركي، وأنّ الدليل الرئيس على البطلان، هو «الامتناع العقلي» للتعليق في العقود، بيد أن أمثلة فقهية متعددة تنقض ذلك، وتشكل دليلاً على ردّ هذا البرهان العقلي. كذلك يكفي صدق عنوان «الالتزام الثنائي» لشمولية الأدلة العامة على الوفاء بالعقد، ويحظى الضمان التعليقي بهذه الخصوصية أيضاً. ومن خلال دراسة الآراء المختلفة وأدلتها، يتضح بأن أدلة بطلان الضمان المعلق تعوزها المتانة اللازمة، ويمكن القبول بصحة الضمان المعلق. ويمكن استخدام هذا الحكم في تعديل المواد ٦٩١، ٦٩٩ و٧٠٠ للقانون المدني أو في إعادة النظر فيها - حيث تدلّ على بطلان الضمان التعليقي- وبهذا يمكن تعديل عقد التأمين باعتباره مصداقاً له. هذه المقالة اعتمدت المنهج الوصفي - التحليلي، وتمّ جمع الموادّ بالبحوث المكتبيّة والإلكترونيّة ومن ثمّ سلّط الضوء على المعلومات المتوفرة.

المفردات الرئيسة: الفقه، العقد، التعليق، التنجيز، الضمان التعليقي، القانون المدني.

## تداعيات فرض الحصار من قبل الدول الموقعة على الاتفاق النووي في تنفيذ عقود المنبع الدولية النفطية في ضوء النظام القانوني الإيراني

- فرهاد روهني (طالب دكتوراه في القانون الخاص بجامعة آزاد الإسلامية، فرع نيسابور)
- سيد نصر الله إبراهيمي (أستاذ مشارك في كلية القانون والعلوم السياسية بجامعة طهران)
- مجتبي زاهدان (أستاذ مساعد في قسم القانون بجامعة آزاد الإسلامية، فرع مشهد)
- سيد محسن حسيني بوي (أستاذ مساعد في قسم القانون بجامعة آزاد الإسلامية، فرع نيسابور)

قد يُنتهك الاتفاق النووي إثر الخروج منه أو ادعاء انتهاكه وبالتالي تتم إعادة فرض العقوبات؛ حينئذ تثار علامة استفهام تقول: أيفضى ذلك إلى الإغفاء أو تعليق عقود المنبع النفطية؟ هناك خلاف في اعتبار ممارسة العقوبات من مصاديق القوة القاهرة أو تعدّر تنفيذ العقد. والشرط الأساس في قاهريّة القوة هو كون الحادث قابلاً للتقدير

والتكهن، وعدم إمكان ضبطه وكبح جماحه. وطبقاً للبند ١٤ و ١٥ للقرار الأممي المرقم ٢٢٣١ فإنّ العقوبات المفروضة سارية المفعول بحقّ العقود الموقّعة بعد إصدار القرار. ولا يمكن أن يؤدي مجرد إصدار القرار إلى وقوع القوّة القاهرة؛ لأنّ العقوبات لا تُعدّ من القوّة القاهرة حال كونها قابلة للتقدير، وحيثُ يمكن القول بأنّ العقوبات تُعدّ من مصاديق تعدّر التنفيذ. تشير المادّتان ٢٢٧ و ٢٢٩ إلى تعدّر تنفيذ العقد وتبناهما القانون الإيراني؛ إلا أنّ الذي تنصّ عليه المادّتان المذكورتان، إنّما تتعلّق بتعدّر تنفيذ العقد جرّاء تلف يطال موضوع العقد، الأمر الذي يحصل بسبب القوّة القاهرة، والتلف لم يحدث في العقود النفطية؛ لأنّ هذه العقود مستمرة، ولذلك يصحّ التعديل الأخير المعنون بـ «قواعد عقود المنبع النفطية وتنفيذها» بضرورة مراعاة البندين ١٤ و ١٥ للقرار الأممي ٢٢٣١ لدى تنظيم العقد. يدلّ ذلك على أنّ الحصار لم يُعدّ يُعتبر من مصاديق القوّة القاهرة في عقود المنبع النفطية، وهذا يستدعي اعتبار الحصار من مصاديق تعدّر تنفيذ العقد، الأمر الذي سيؤدي إلى تعديل العقد.

المفردات الرئيسة: الحصار، الاتفاق النووي، عقود المنبع النفطية، القوّة القاهرة، تعدّر تنفيذ العقد.

## البيع الفضولي؛ دراسة نقدية تحليلية في القول المشهور والقانون المدني، على ضوء قاعدة «العقود تابعة للقصد»

□ زينب سنتشولي (طالبة دكتوراه في الفقه ومبادئ القانون الإسلامي بجامعة سيستان وبلوشستان)  
□ محمّد رضا كيخا (أستاذ مشارك في قسم الفقه ومبادئ القانون الإسلامي بجامعة سيستان وبلوشستان)

لبيع الفضولي صورتان، هما: البيع للنفس (للغاصب والسارق) وللمالك. يعتبر القانون المدني هذا صحيحاً غير نافذ جرياً على مشهور الفقهاء، ممّا يستلزم رضی المالك. هذا وقال بعض الفقهاء ببطلان البيع الفضولي، خلافاً للمشهور. أثبتت معطيات هذه الدراسة الوصفية - التحليلية أنّ القول المشهور والقانون المدني يمكن مناقشتهما في ضوء القاعدة القائلة: «العقود تابعة للقصد»؛ كما أنه يمكن الطعن في رأي كاشف الغطاء القائل بصحّة البيع للفضول، والمذهب القائل بإطلاق بطلان البيع الفضولي أيضاً، أمّا المختار فالتفصيل في البيع لنفسه، وللمالك. وخلصت المقالة في ضوء قاعدة

«العقود تابعة للقصد»، إلى أن بيع الفضول لنفسه باطل، ولكنّه للمالك فصحيح.  
المفردات الرئيسة: البيع الفضوليّ، الغاصب، الإجازة، العقود تابعة للقصد.

## دراسة إمكانية الإذن لإنشاء الحقّ للمأذون

- محمّد صالحيّ مازندرانيّ (أستاذ مشارك في قسم القانون الخاصّ بجامعة قم)
- عليّ جوادية (طالب دكتوراه في القانون الخاصّ بجامعة قم)

مبدئيّاً يتسبّب الأذن في حصول الإباحة للمأذون، وطبيعته متزعزعة مهزوزة؛ إذ يزول في الحالات الآتية: رجوع الأذن (على فرض فقدان شرط عدم الرجوع)، وعلى أيّ حال بوفاة أحد الطرفين أو حجرهما. بينما يستلزم الأمر أن يحمل الإذن طابع البقاء، ولا يرتفع بسهولة، لكي لا يؤدّي زواله إلى خسارة المأذون. وانجلي للباحثين عبر تتبع موادّ القانون المدنيّ وآراء القانونيين والفقهاء أنّ الإذن من شأنه أيضاً أن ينشئ للمأذون حقّاً. ولهذا الإذن ميزات مهمّة تجدر الإشارة من بينها إلى ما يلي: عجز الأذن عن العبث به، عدم زوال الإذن الصادر جرّاء وفاة أحد الرفين أو حجره، قابليّة الحقّ المذكور للانتقال القهرى والطوعى و.... يستلزم الاعتراف بمثل هذا التأسيس أن يُعدّ الإذن فعلاً قانونيّاً، على الأقلّ في الحالات التي ينشئ فيها الحقّ؛ وإلا فسوف يكون الجمع بين اعتبار الإذن فعلاً قانونيّاً، والاعتراف بكونه منشئاً للحقّ، ضرباً من المستحيل.

المفردات الرئيسة: الإذن، الإذن المحض، الإباحة في التصرف، الإذن الحقّيّ، سلب حقّ الرجوع.

## استقالة الحاكم في ضوء القانون العام الإسلاميّ؛

### إمكان وإلزامات ومتطلبات

- حميد رضا صفائى أوندريّ (طالب ماجستير في قانون الجزاء والإجرام بالجامعة الرضوية)
- سيد محسن قائمى خرق (دكتوراه في القانون العامّ بجامعة العلامة الطباطبائيّ)

تقع الحكومة بين الحقّ والتكليف بفعل إقامة الحكومة ومبدأ رفض غياب الحكم من جهة، والفصل بين الحكومة والحاكم والإعراض عن مواجهة موقف الحكومة المتبصرة البتراء. ترك هذه الثنائية الملغزة تأثيرها في اعتراف الفقهاء بالحكومة، وفي



المقابل في إمكان الاستقالة وفي قضية الإشراف والإجابة أيضاً. درست هذه المقالة إمكان استقالة الحاكم الإسلامى وما يكتنفها من قيود وإلزامات (موضوع البحث). تناولت المقالة الموضوع بمنهج وصفى - تحليلى وخلصت إلى أن الاستقالة حق، آخذة في الحسبان تأثير الظروف الثانويّة في تحديد هذا الحق. وبالطبع لا يجعل هذا التأثير الاستقالة من قبيل الحكم. يعتبر فقه أهل السنّة والدساتير المعاصرة الاستقالة حقاً؛ إلا أن أساس هذا الحق مختلف في الفقه السنّى والفقه الشيعى، كما أن إطلاق الحق في الدساتير المعاصرة يأتي في مقابل تقييده في الفقه السنّى والشيعى.

المفردات الرئيسية: الاستقالة، الإقالة، الحكومة الإسلاميّة، حق الولاية، الحكومة باعتبارها أمانة، الحكومة باعتبارها وكالة.

### دراسة فقهية في ماهية عقد الدفع اللاحق لاشتراك الهاتف الثابت

- محمّد قنبر زادة (طالب دكتوراه في الشريعة بجامعة مازندران)
- على أكبر إيزدى فرد (أستاذ بجامعة مازندران)
- سعيد إبراهيمى (أستاذ مساعد بجامعة مازندران)

يُعَدُّ عقد اشتراك الهاتف أهمّ العقود الموقّعة بين الزبائن ودائرة الهاتف، لتلقّى الخدمات الاتّصاليّة التي تؤدّي دوراً مهمّاً في حياة البشر اليوم. سلّطت هذه الدراسة الوصفية - التحليلية الضوء على ماهية أكثر العقود قدماً وأهميّة وتداولاً بين الزبائن ودائرة الهاتف؛ ألا وهو عقد اشتراك الهاتف الثابت (الأرضي). وعليه؛ فقد نوقش هذا العقد عبر تحليل بنوده، من حيث كيفية تواصل الزبون مع دائرة الهاتف، وتخصيص الأجهزة الاتّصاليّة له، وكيفية تقدير الكلفة المترتبة على العقد، كما تعرّض المقال للآراء التي ترى أن عقد الاشتراك مجرد عقد للإيجار أو البيع، وخلص المقال في تحديد ماهية هذا العقد، إلى تبني الرأى القائل بالعقد المركّب. كما تبني المقال في تحديد ماهية العقد المركّب، القول الروائى المتعلّق ببيع الحقوق والمنافع، وأثار موضوع عدم كفاية العلم الإجمالىّ بالعوضين لرفع شبهة الغرر في بيع المنافع، أمّا صيغة الحلّ لمشكلة الإبهام في العوضين بخصوص الكلفة المتغيرة لهذا العقد (جزء في الفواتير)، اقترح المقال عنوان عقد الصلح. والرأى المختار في هذه الدراسة حول ماهية عقد الدفع اللاحق لاشتراك الهاتف،

أنه عقد مركّب من بيع حقّ الاشتراك، وبيع حقّ الاتصال المستمرّ والصلح على المنافع.  
المفردات الرئيسة: اشتراك الهاتف، العقد، الاشتراك، دائرة الهاتف، الاتصالات،  
بيع، الإيجار.

## دور الإرادة في اتّفاقات الأبوين على الحضانة؛ دراسة فقهية - قانونية

□ مجيد رضا كمالی بانی (طالب دكتوراه في القانون الخاص بجامعة آزاد الإسلامية، فرع نجف آباد)  
□ داوود نصیران (أستاذ مساعد في القانون الخاص بجامعة آزاد الإسلامية، فرع نجف آباد)  
□ سیّد محمّد هادی مهدوی (أستاذ مساعد في القانون الخاص بجامعة آزاد الإسلامية، فرع نجف آباد)

قبل إقرار قانون حماية الأسرة في عام ٢٠١٢، لم يتمّ دعم الاتّفاقات الخاصة بقبول الحضانة أو منح امتيازات خاصة لأحدهما بشكل صريح، ولكن تمّ النصّ عليها ضمناً بعد إقرار القانون في المادة ٤١، وأضيف الطابع الرسمي على الاتّفاقيات. بما أنّ العامل الأهمّ في إنشاء العقود وصياغتها هو إرادة واتّفاق الطرفين، فإنّ المبدأ هو قاعدة الإرادة؛ ولأنّ الحضانة حقّ للوالدين وواجب عليهما؛ لذلك، يمكن للأطراف تنفيذ الحقّ والوفاء بالالتزامات بناءً على هذه الاتّفاقيات وترك العقود لشخص آخر؛ إلا إذا اشترط في أداء الواجب مباشرة المكلف أو الملتزم. تناقش هذه المقالة دور إرادة الوالدين في العقود المتفقّ عليها مع بعضهما، أو مع طرف ثالث، وفي ضوء البحث، لوحظ أنّ الحضانة، نظرًا لطبيعتها المزوجة في القانون الإيراني، لا يمكن نقلها أو إلغاؤها، لكن يمكن للطرفين تفويض ممارسة الحقّ نيابةً عن محامٍ أو ممثّل، وبالتالي، من الممكن إبرام هذه العقود، سواء في وقت الزواج أو في وقت الانفصال، وبالتالي، من الممكن تفويض تنفيذها إلى طرف ثالث (مؤسسة خاصة، وتوظيف ممرضة، ونقل الطفل إلى مرشد اجتماعي، وما إلى ذلك). وهي متاحة أيضًا في شكل عقود معيّنة مثل الإيجار، والصلح، والتوكيل، والجماعة، وما إلى ذلك، أو في شكل عقود غير معيّنة (المادة ١٠ من القانون المدني). نظرًا لأنّ مبدأ سيادة الإرادة في اتّفاقيات الحضانة أكثر محدودية من الاتّفاقيات الأخرى، فإنّ نفع الأطفال، باعتباره خصوصية هذا المبدأ، كان دائمًا محطّ اهتمام المحاكم.

المفردات الرئيسة: الإرادة، الاتّفاق، الحضانة، العقد.

## الشروط الضمنية لصحة الشرط واعتباره في القانون المدني

- رضا مقصودى (طالب دكتوراه في القانون الخاص بجامعة آزاد الإسلامية، فرع أصفهان، خوراسجان)
- سيد مصطفى محقق داماد (أستاذ في قسم القانون بجامعة الشهيد بهشتي، طهران)
- سيد مهدي علامة (أستاذ مساعد في قسم القانون بجامعة آزاد الإسلامية، فرع أصفهان، خوراسجان)
- علي رضا مظلوم رهنى (أستاذ مساعد في قسم القانون بجامعة آزاد الإسلامية، فرع بلدة قدس، طهران)
- هرمز أسدي كوه باد (أستاذ مساعد في قسم الفقه بجامعة آزاد الإسلامية، فرع رامهرمز)

تتعلق المادة ١٩٠ في القانون المدني الإيراني بالشروط الأساس في صحة المعاملة والاتفاقات المستقلة الأصلية. وسكت المشرع فيما يخص سريان هذه الشروط إلى شروط العقد الضمنية. أفضى صمت القانون المدني بشأن مدى شمولية المادة ١٩٠ تجاه شروط العقد الضمنية إلى ظهور خلافات بين علماء القانون. فمن جهة تناولت المادتان ٢٣٢ و ٢٣٣، الشروط الخاصة بصحة الشرط بيد أن هذه الشروط لا تستجيب للظروف الراهنة، ومستجداتها. يتطلب تغير الظروف وبروز الظواهر الاجتماعية المستجدة، ضرورة توسعة شروط الصحة وإعادة النظر فيها. وتترح هذه الدراسة الوصفية - التحليلية، شرطين اجتهاديين بديعين ل يتم إضافتهما إلى الشروط الخاصة بصحة الشرط؛ وهما وجوب انسجام الشرط مع القواعد الأساسية ومرور الزمان، وذلك من أجل تكميل الشروط. كذلك جعلت الدراسة هذه في دائرة الضوء الشروط العامة لصحة الشرط (اعتبار الشرط)، والنظريات المستجدة المستقاة من الفقه الإمامي والقانون المدني الإيراني؛ بحيث يخضع الشرط الضمني للعقد في الشروط الأساسية (بشكل عام أو في بعض المواد) للقواعد العامة للعقود.

المفردات الرئيسية: الشرط الضمني للعقد، شروط صحة الشرط، شروط اعتبار الشرط، الأحكام الأساسية.

## دراسة في مصداقية استهلاك معظم الأموال في الشؤون الخيرية،

### جزء السفاهة العارضة؛ على ضوء فقه الإمامية

- حسين يوسفى فر (طالب دكتوراه في الفقه ومبادئ القانون الإسلامى بجامعة آزاد الإسلامية، مشهد)
- حسين أحمري (أستاذ مشارك بجامعة آزاد الإسلامية، مشهد)
- على واعظ طبسى (أستاذ مساعد بجامعة آزاد الإسلامية، مشهد)

يقوم البعض بإنفاق جُلِّ أموالهم أو كلِّها في الشؤون الخيرية؛ الأمر الذي يمثل تحوم حوله آراء شتى إذ يُلحِقُه البعض بالسفاهة العارضة كونه خلاف العرف السائد. يرى بعض الفقهاء أنَّ هذا العمل ليس من قبيل السفاهة، مستدلين على رأيهم بإطلاق الآيات والروايات المتضاربة التي تحثُّ على الإنفاق، لكن البعض الآخر منهم يستندون إلى الآيات والروايات التي تطلق النهي عن الإسراف، ولو في الشؤون الخيرية، وبالتالي يعدُّون هذا الموضوع من قبيل الإسراف والتبذير، ويقولون بسفاهة القائم به. وهناك طائفة تالفة ينحون منحى تجميعياً بين الموقفين، حيث يوجِّهون بوصلة البحث إلى المنفق، متَّخذين من مدى معرفة المنفق بالله وتوكُّله عليه، معياراً لتحديد سفاهته أو براءته منها؛ بحيث إذا لم يكن عمله صادراً عن هاتين الصفتين (المعرفة بالله والتوكُّل عليه) يعتبرونه عملاً سفيهاً. سلَّط المقال الضوء على عرض شامل لكلِّ موقف من المواقف الثلاثة، وتناول أدلَّتْها، وخلص إلى تبني دور العرف في هذه المسألة، وتقليب وجوهها، واعتبار بعضها سفاهة، وتبرئة بعضها الآخر عن السفاهة، بحيث يمكن القول بأنه إذا لم يتكرَّر العمل، فلا يمكن الادِّعاء بأنَّ مبادرة المنفق إلى إنفاق جُلِّ الأموال أو كلِّها دليل على سفاهته.

المفردات الرئيسة: السفاهة، السفاهة العارضة، إنفاق الأموال في الشؤون الخيرية.



guide the discussion to the almsgiver (donor) and believe that the criterion for knowing the rightness (truthfulness) and untruthfulness of prodigality for this act is the amount of his knowledge and trust in God. In the circumstance of the absence of this feature his act is prodigal. Meanwhile presenting a comprehensive explanation of each theory this research has examined and studied the evidences of these opinions and finally with accepting the role of custom in this issue and studying the different aspects of this act and counting some of these states a prodigal act and some others not being prodigal, it can be said that if there is not the factor of the repetition the indication (revealer) of this act cannot denote the prodigality of almsgiver.

**Keywords:** *Prodigality, The adventitious prodigality, The consumption of properties in charities.*

of the validity of the condition (the reliability of the condition), fresh theories based on the Imamayeh fiqh and the civil code of Iran has been focused as the inclusion of the condition within a contract in the principal conditions (generally or in some titles) has followed the general rules of the contracts.

**Keywords:** *The condition stipulated within the contract, The conditions of the validity of the provision, The conditions of the reliability -authenticity- of the condition, Fundamental ordinances.*

## **Studying the Exemplification of the Consumption of the Majority of Properties in Charities for the Adventitious Prodigality with a Look to Imamayeh Fiqh**

- *Hussein Yousefifar (A PhD student in Jurisprudence & the Basics of Islamic Law)*
- *Hussein Ahmari (Associate professor at Islamic Azad University of Mashhad)*
- *Ali Vaez Tabasi (Assistant professor at Islamic Azad University of Mashhad)*

**T**he consumption of all or majority of properties in charities by some people is of the issues that there are different opinions about inserting it to the adventitious prodigality for being unusual act. Some Islamic jurists with adducing to the absoluteness of the holy Quran verses and many Islamic traditions which they have ordered to donate do not believe that it is an act of a prodigal (Arabic: سفیه safih) and some other jurists with adducing to the Quran verses and Islamic traditions which absolutely forbid extravagance even in charities think that it is extravagance and wastefulness and believe the prodigality of its performer (agent; doer). Some others for combining these two theories

## The Inexplicit Stipulations of the Validity and Reliability of the Condition in the Civil Code

- *Reza Maghsoudi (A PhD student in Private Law)*
- *S. Mostaafa Mohaghigh Damad (Full Professor at Shahid Beheshti University)*
- *S. Mahdi Allameh (Assistant professor at Islamic Azad University of Khorasgan)*
- *A. Mazlum Rahni (Assistant prof. at Islamic Azad University of Shahr-e-Qods)*
- *Hormoz Asadi Koohbad (Assistant prof. at Islamic Azad University of Ramhormoz)*

**A**rticle 190 of the Civil Code of Iran about the basic provisions of the validity of transactions and about agreements has been independent and primary (principal) and the legislation has not asseverated about the transmission of these provisions to the conditions stipulated within the contract. The silence of the civil code about the inclusion of the article 190 to the conditions stipulated in the contract has leaded disagreement between the law scholars. From the other side the articles 232 and 233 have reflected the exclusive (specific) conditions of the validity of the provisions but these conditions in respect to the present periods have not been complete and sufficient and have not been responsive to the new-found issues. The changes of the circumstances and the emergency of the fresh social phenomena, it demands the necessity of the development and review in the conditions of the validity of the stipulation. In the following note, with the analytic-descriptive method, the inclusive provisions of the validity of the stipulation with the establishment of the two ijtihadi and new conditions meaning the necessity of the compliance of the conditions with basic principles and limitations have been completed and explained. Also, in the public circumstances



or to pay special privilege to other parent takes place they had not explicitly been attached to the legal ruling case. But after the enactment of the mentioned law in Article 41, it has been implicitly legitimized. For the most important factor to perform agreements is will and agreement of both parties. The principle is the party autonomy and because custody is the parents' right and responsibility. Each party can give the exercise of the right and performance of the responsibility based on these agreements to other party if it does not stipulate that the obligor or accountable person should directly implement the liability. This paper has examined the role of parents' will on concluding agreements between parents with each other or with the third person. With observing this research, it is understood that in the law of Iran custody based on its dual nature cannot be waived or assigned but parties can representatively transfer the performance of right to an agent. Therefore, it is possible to conclude these agreements in the time of marriage or divorce, consequently, the possibility of assignment to the third party (private enterprises-organizations-, employing nurses, giving the custody of children to the social workers...) it is in the formation of nominate contracts-defined contracts- such as leas, sulh, wakalah, ju'alah, ... or in the formation of innominate contracts (Article 10 of the civil code). Because the principle of autonomy in the agreements of custody is more limited than the other contracts, Child's benefits as specifier (Arabic: *مخصص mukasis*) is constantly considered by the courts.

**Keywords:** *Will, Agreement, Custody, Contract.*

contract and it is accepted the opinion of the composite (compound) contract for determining the nature of this contract. Also for the clarification of the quality and nature of the compound contract, meanwhile accepting the Islamic traditional report about the sale of rights and interests (benefits) and stating that the inadequacy (lack) of the uncertain (brief) knowledge to the consideration for avoidance of the doubt of gharar (Arabic: غرر meaning risky transaction) in the sale of the benefits, for the solution of the doubt in the consideration in the section of the inconstant (variable) expenses of in this contract (printed in periodic bills), the title of sulh (meaning: settlement and resolution) contract is suggested and accepted. Lastly, the acceptable opinion of this research for the nature of the postpaid phone subscription agreement is a contract composed of the sale of subscription fee, the sale of the constant contact and the settlement (sulh) on interests (benefits).

**Keywords:** *Phone subscription, Contract (agreement), Subscription fee, Telecommunication, Communication, Sale, Leasing.*

## **The Legal - Jurisprudential Examination of the Role of Will in the Agreements between Parents with Custody Issue**

- *Majid Reza Kamali Banyani (A PhD student in Private Law)*
- *Dawood Nasiran (Assistant prof. at Islamic Azad University of Nadjafabad)*
- *S.M. Hadi Mahdavi (Assistant prof. at Islamic Azad University of Nadjafabad)*

**B**efore the enactment of The Family Protection Act of Iran (1391), the agreements for the acceptance of the right of custody

contemporary constitutions resignation has also considered “right” but the base of this right is different in Sunni jurisprudence and Imamayeh jurisprudence and in the contemporary constitutions the absoluteness of this right situates against the qualification of this right in Sunni jurisprudence and Imamayeh jurisprudence.

**Keywords:** *Resignation, Isolation, Islamic government, The right of velayat (guardianship), Government as trust, Government as agency.*

## **The Jurisprudential Study of the Nature of the Postpaid Landline Phone Subscription Contract**

- *Muhammad Ghanbarzadeh (A PhD student in Islamic Theology)*
- *Ali Akbar Izadifard (Full professor at University of Mazandaran)*
- *Saeed Ebrahimi (Assistant professor at University of Mazandaran)*

The phone subscription agreement is one of the most important contracts between the subscriber (customer) and telecommunication companies to receive the communication services that has a vital role in human life today. This paper which has been provided with analytic-descriptive, the nature of the oldest meanwhile the most important and current subscriber agreement with telecommunication means the postpaid phone subscription agreement has been examined. Based on this with analyzing the purport of this contract, it has been challenged the way of the relationship between the subscriber and telecommunication and customizing the telecommunication equipment (instruments) to it and how calculating the expenses relating to this contract, the opinions which think that the subscription agreement is inclusively leasing (Arabic: اجاره ijarah) and sale (Arabic: بيع bay')

act if not the legal presumption of the authorization will not go along with (will not be congruent with) the acceptance of acquiring right.

**Keywords:** *Authorization, Absolute authorization, Permissibility in possession, Authorization to empower to give right, No right of withdrawal.*

## **The Abdication of the Ruler by God's Command in Islam Public Law; Investigation for possibility, Obligations and Requirements**

□ *Hamid Reza Safaei Ovandari (An MA student in Criminal Law & Criminology)*

□ *Sayyed Mohsen Ghaemi Khargh (PhD of Public Law)*

**G**overnment formation and the basis of being against the situation of anarchy (the absence of government) and from one side the separation of “government” and “ruler by God’s command” and withdrawal of confronting with the situation of imperfect (incomplete) government, governance has been situated between “right” and “duty”. This dual enigma (mystery) impacts from one side on accepting the government by Faqih (Islamic jurist) and from the other side on possibility of the abdication and also the proposition of supervision (inspection) and answerability. The present paper examines the feasibility of the resignation of the Islamic ruler, provisions and requirements comprised this statement. The note based on the descriptive-analytic method analyzes the present issue and at last reviews “resignation” in the form of right. Of course, the effect of the secondary situations on the limitation of this right will be considered. Certainly, this impact does not have in a way to consider the resignation as ruling (hukm). In Sunni jurisprudence and the

(illegal) bur for real (original) owner is valid (legal).

**Keywords:** *Fudhuli (unauthorized) sale, Usurper, Authorization, Contracts follow intentions.*

## **The Examination of the Capacity of the Authorization in Establishing Right for the Authorized Person**

□ *Muhammad Salehi Mazandarani (Associate professor at University of Qom)*

□ *Ali Javadieh (A PhD student in Private Law)*

**T**he authorization which basically causes permissibility (Arabic: اباحه) for the authorized person has an unstable nature which with the revocation of the authorizer (in the condition of the absence of inability to revoke) and in any case with one of parties' death or hajr (Arabic: حجر meaning: the interdiction upon the incompetent person) it is ended (terminated). Whereas it is necessary in some cases that the authorization coincides with the feature of continuance and it is not simply destroyed (ruined) which causes the loss of the authorized. With examining in the Articles of the civil code of Iran and the opinions of the law and fiqh scholars this importance is revealed that the authorization is able to establish right for the authorized. The important features of this authorization are: inability of the authorizer to terminate it, the continuation of the allowed authorization even in the situation of the parties' death or hajr (Arabic: حجر meaning: the interdiction upon the incompetent person), the capability of forceable or voluntary transfer of the established right, ... The recognition of such foundationary (ta'sisi) requires the authorization at least in cases which create right is supposed a legal

the agreements that it leads to regulate the agreement.

**Keywords:** *Sanction, The Joint Comprehensive Plan of Action (JCPOA), International upstream oil agreements, Force majeure, The difficulty of practicing the agreement.*

## **Reviewing and Analyzing the Famous Opinion and the Civil Law about Fudhuli (Unauthorized) Sale Based on the Maxim “Contracts Follow Intentions”**

□ *Zeinab Sanchouli (A PhD student in Jurisprudence & the Basics of Islamic Law)*

□ *Muhammad Reza Kaykha (Associate prof. at University of Sistan & Baluchestan)*

**F**udhuli (unauthorized) sale has been formed in two types: sale for himself (thief and usurper) and for the owner. The civil law with following the well-known Islamic jurists, the mentioned sale is valid (legal) but it is not effective that its obligation and validity depends on the consent of the real owner. Among this, some Islamic jurists in contrast to the famous opinion believe the voidance of fudhuli (unauthorized) sale. The findings of this note which has been adopted in the descriptive-analytic method reveal that the well-known opinion and the civil code with paying attention to the maxim “contracts follow intentions” is debatable and also the opinion of Kashif-al-Qita who believes the validity of the sale for the unauthorized dealer and the opinion of the voidance of the fudhuli (unauthorized) sale totally is arguable. The preferred opinion is to distinguish between sale for himself (his own) and sale for the real owner. Consequently, based on the maxim “contracts follow intentions” and hadiths and other reasons the sale of the unauthorized dealer for himself (his own) is void



suspension of oil industry in upstream area? It is a disputable subject that if the exercising of sanctions are instances of force majeure or it is counted of the difficulty of practicing the agreement. The main provision for occurring the force majeure is to be the happening foreseeable and to be uncontrollable. Pursuant to the content of the paragraph 14 and 15 of 2231 resolution of the UN Security Council, the applied sanction is effective to the contracts signed after the date of sanction. The occurrence of sanction cannot merely result the happening of force majeure because if the sanction is predictable, it cannot be of the instances of the force majeure. In this circumstance it can be said that the sanction can be considered of instances of the difficulty of the implementation of the agreement. In Articles 227 and 229 frustrations of contract has been mentioned and in the law of Iran it is accepted. But what has been stated under Articles 227 and 229 merely observing frustration of contract (refers to a particular way in which contractual obligations can be discharged) subsequently it will be the material damage of the subject of responsibility which the force majeure makes it occur which in the oil contract the material damage has not happened because this kind of the oil contracts is ongoing. For this reason in the recent amendment (the regulations observing the conclusion and performance of oil agreements) it has been explicitly stated that it should be observed the paragraphs 14 and 15 of 2231 resolution in the situation of drawing up agreement (contract) this subject indicates that it is not any more considered as one of instances of force majeure in the upstream oil agreements .Therefore, it is necessary to observe sanction as of instances of difficulty to perform

ta'liq in contracts but different examples of the violation in fiqh is a proof not to accept this rational demonstration and also the validity of the title “mutual obligation or liability” for the inclusion of the general proofs of the fulfilment of contract is enough and ta'liqi (conditional) liability has such feature. It seems that with observing the different opinions and their reasons, the arguments of the invalidity of ta'liqi (conditional) liability do not have enough strength and it can be accepted the validity of it. This ordinance utilizes in the regulation and revision of Articles 691,699 and 700 of the civil code (which indicate the voidance of ta'liqi liability) and through this way the insurance contract as one of its instances can be corrected.

**Keywords:** *Fiqh, Contract, Tanjiz (It's being unconditionally operational), Ta'liqi (conditional) liability, The civil code.*

## **The Impact of Implementing Sanction by the Party of the Six Countries (5+1) in the Joint Comprehensive Plan of Action in Exercising the International Upstream Oil Agreements from the Point of the View of Iran's Legal System**

- *Farhad Rohani (A PhD student in Private Law)*
- *Sayyed Nasrollah Ebrahimi (Associate professor at University of Tehran)*
- *Mojtaba Zahedian (Assistant prof. at Islamic Azad University of Mashhad)*
- *S.M. Husseini Pouya (Assistant prof. at Islamic Azad University of Neyshābūr)*

**D**oes the violation of the Joint Comprehensive Plan of Action (JCPOA) because of withdrawing or claiming of violation and subsequently to implement sanctions again cause to the exemption or



law of England meaning: Contracting in situation that it does not conform to the accepted criteria (rules) by the legislature but the legislature for different social reasons is not going to announce its annulment).

**Keywords:** *Fudhuli (unauthorized) contract, The transaction of another person's property, Agency resulting from ratification, Contract management, Assigning the contract of sale to the true owner.*

## **Jurisprudential Correctness of the Ta'liqi (Conditional) Liability with the Critical Analysis of The Articles 691, 699 and 700 of the Civil Code of Iran**

□ *Hadi Khoshnaghsh (Level 4 student in Hawzah 'Ilmiyah of Qom)*

□ *M. Adibi Mehr (Associate professor at Farabi Campus, University of Tehran)*

One of the jurisprudential challengeable issues is the problem of the requirement of tanjiz (Arabic: تنجيز being unconditionally operational) in the Islamic contracts and according to the opinion of some Islamic jurists, there is an ijma' (Arabic: اجماع consensus among Islamic Shia jurists) on the annulment of the ta'liq (Arabic: تعليق conditional) contract. One of the important and adaptable contracts is the contract of damān (Arabic: ضمان liability) that according to the most of Islamic Shia jurists the mentioned ijma is in current and ta'liqi liability is void. From the other side, some other jurists with the criticism of the proofs of the voidance of ta'liq and also with adducing to the general evidences of the fulfilment of the contract oppose the decree of the annulment. In their opinion, it has been documented ijma (Arabic: اجماع مدرکی) and the main reason for its annulment (voidance) is the rational refusal of

Most law scholars and well-known Islamic jurists consider that the fudhuli (unauthorized) regulations are of the the general rules of the agreements (contracts) and have generalized (spread) it to all types of the contracts. This broadness causes that some law scholars think that some fudhuli (unauthorized) rulings is in conflict with the public order. In contrast in the law of England as an excuse to maintain public order there are exceptions to the rule “the impossibility of transferring of title by the unauthorized person (a person has no ownership right)” and in some case the transfer of another person’s property is effective. Moreover, in the law of this country to facilitate the business affairs, the transaction of the agent acting without or outside his authority or the transaction of any person who pretends (claims) as an agent are effective. The disagreement between attitudes about efficiency of the legislation about the transfer of another person’s property originates from the difference of basics of “the transaction (sale) of another person’s property” in these two legal systems. In this paper with differentiating between the fudhuli (unauthorized) transactions of “mora’a” (meaning in the sale there is a right for the third person and the efficiency of the transaction relating to fulfil his right) and “moquf” (meaning its efficiency relates to the consent of the true owner), it will be revealed that ineffectiveness of the recent transactions has been the theory “assigning the contract of sale to the true owner” and in the law of England the transaction of another person’s property is established in proportion to the ruling pursuant to the basics “agency resulting from ratification” and the Contract management (It’s a term which is used in the law of Iran and not explicitly in the



the theory of being relative and believe that in this circumstance instead of generality it should be considered experience and with investigating in the Law decrees and through investigation it is understood that in every case what principle the legislature has settled. Some has settled the opinion of the judge is the criterion for validity. There are two main standards in this ground in the law of Egypt. The first is paying attention to the sound (concept) of the legal articles. Secondly relying on the concept of public order and ethics that the recognition of the judge in this issue is the final criterion. What achieves from studying and examination of the jurisprudential and legal sources and the regulation of the civil code in this ground is in Iran's legal system the principle is complementarity of the legal rules and the mandatory of legal rules is an exception and it is contrary to the rule. The indication of this claim in addition to Article 10 of the civil code is the basics of human rights and the principle of the validity included in the Article 223 of the civil code.

**Keywords:** *The principle of mandatory, The principle of complementarity, Public order, Article 10 of the civil code.*

## **Studying the Principles and Ordinances of Transactions of Another Person's Property in Imamayeh Fiqh, the Law of Iran and the Law of England**

- *Hamed Khubyari (A PhD student in Private Law)*
- *S. Muhammad Sadiq Tabatabaei (Associate professor at University of Isfahan)*
- *Ali Reza Arashpour (Assistant professor at University of Isfahan)*

Volcker Rule. Therefore, in this note we are going to identify this mentioned system and draw the weaknesses and strengths and to accord with the comprehensive banking plan of Islamic Republic of Iran.

**Keywords:** *Resolution tools, The legislative strategies, Bail-in, Bail-out, Bankruptcy (insolvency).*

## **The Principle Being Adduceable in the Cases of Doubt in the Mandatory or Complementarity of the Legal Rules with Comparative Study in the Law of Egypt**

- *Bizhan Haji Azizi (Associate professor at Bu-Ali Sina University of Hamadan)*
- *Hamed Khosravi (An MA of Private Law)*
- *Yaser Khosravi (A PhD student in Jurisprudence & the Basics of Islamic Law)*

In the legal doctrine, it has been stated different criteria for distinguishing default rules from mandatory ones. But sometimes it is possible to be created doubt in the nature of some legal principles from the point of being default or mandatory. This causes some important questions in this area such as: in the legal system of Iran what the adducible principle is in these cases. Can it be said that with citing on the article 10 of the civil code the accepted (standard) rule is the complementarity of the legal rule? There is disagreement between law scholars. With considering the principle of absoluteness (itlaq). Some have believed that the mandatory of legal rules is principal. With paying attention to Article 10 of civil code, some others have put forward the complementarity of the legal rules and some others select

instances of the provisional execution in the present law, it is answered to this question that with induction in instances it is impossible to achieve to a common principle and an adopted (extracted) judgment. Therefore, the omission of the institution of the provisional execution of judgment from the code of civil procedure is an effective fault and there is necessary the legislature (law maker) to legislate it again.

**Keywords:** *The provisional execution, The final (absolute) execution, Speeding up in procedure, Urgent procedure.*

## **The Financial Settlement of the Failing Banks and Credit Institutions with a Look to the Comprehensive Banking Plan**

- *Ahmad Beygi Habibabadi (Assistant professor at Institute of Judiciary)*
- *Hussein Pashaei (An MA of Private Law)*

**T**he main reason of the financial crises (failures) and credit institutions fails to fulfil their obligations. The ancient system strategy for overcoming this crisis is to use bankruptcy process. Today, the legal thoughts tend toward this to throw away the normal system of bankruptcy for preventing the exacerbation of the financial crises and to think the social, economic necessities to get the highest efficiency by the less expenditure. The financial resolution system has planned different tools to maintain the financial stability of banks and has allowed to early intervention of the supervisor authorities. Also, in the situation of failure to recovery, the deposit guarantee provides the assurance of the depositors. From the other side, it should be considered other legal regulation such as justice and fairness in insolvency and the

# The Jurisprudential - Legal Analysis of Speeding up in the Execution of a Civil Judgment with Emphasizing on the Provisional Execution

- *Amir Entezari (A PhD student in Private Law)*
- *Rasoul Maghsoudpour (Assistant prof. at Islamic Azad Univ. of Neyshābūr)*
- *S. Mohsen Husseini pouya (Assistant prof. at Islamic Azad Univ. of Neyshābūr)*
- *Ahmad Taji (Assistant professor at Islamic Azad University of Neyshābūr)*

It should be stated that the enforcement of the order is the ultimate goal of the process of procedure but the governing rules state that the condition for enforcing judgment is the certainty of the decision or verdict and it has not been considered a system for the provisional execution in the statutory law or statute law except in specific cases. While this institute previously in the article 191 of the civil procedural law enacted 25/06/1318 and based on the origination of this law which is adopted from the law of France had been permitted by the legislature. In this paper with analytic-descriptive method, firstly speeding up in the execution of judgments has been pronounced then according to its importance, the provisional execution has been surveyed. It is going to prove that the provisional execution of judgment has been an appropriate strategy to vindicate (demonstrate) and speeding up in judicial proceedings has an Islamic jurisprudential record and there are hadiths in fiqh that indicate speeding up and not putting off in the stage of adjudication that it can be with the unity criterion a proof for the legality of the provisional execution in cases that the irrevocable damage is imagined while it is basically in fiqh, the adjudication is made within one step and the verdicts (decisions) are final (absolute) and with studying

from the profits of the Waqf Asset. In reality the question is this if it is possible a person establishes the waqf of properties and meanwhile stipulating within the waqf contract that the expenses and debts of him are paid off from the profits of the waqf asset. There are different opinions among the Islamic jurists and law scholars. Some of the Islamic jurists and law scholars believe that it is impossible for the founder of waqf to profit from his waqf and they say in this case both waqf contract and clause are void but some others believe that the waqf contract is valid but the clause is void. With applying the analytic-descriptive method and utilizing the library method, it is drawn conclusion from the paper that both waqf and clause is valid and there is no difference between waqf created for public and waqf created for special purpose and even it seems that the profits of founder from his waqf has no disagreement with the concept of *habs* (Arabic: *حبس* literally means to prevent, restrain) of the property and applying its profits to others which has been presented in Islamic texts and it can be said it is permissible (legal) by Islamic law. Because such provision is not in opposition to the nature of the contract and more over this act is in harmony with the soul of waqf and the holy Islamic law giver's taste because constantly He emphasizes on the growth and facility (ease) of waqf. From the other side with accepting and validity of such provision, the founders with worry about their future life can establish the waqf of some of their properties and meanwhile not being worry about the expenses of their future life and their families and also their debts.

**Keywords:** *Debts of the founder of waqf, The founder's condition, Profits from waqf asset, Expenses of the founder of waqf.*

## Abstracts

### **Studying the Condition to Pay off the Debts and Expenses of the Founder of Waqf from the Profits of the Waqf Asset**

- *Abdoreza Asghari (Assistant prof. at Razavi University of Islamic Sciences)*
- *Mostafa Husseini (A PhD student in Jurisprudence & the Basics of Islamic Law)*
- *Gholamreza Yazdani (Assistant prof. at Razavi University of Islamic Sciences)*
- *M. Husseini (A PhD student in Jurisprudence & the Basics of Islamic Law)*

**O**ne of the main issues in the waqf contract is the subject of the founder's conditions and how to implement them within the waqf contract. According to the principle of Party autonomy, the primary principle in waqf is that the founder (waqif) inserts every clause (which is not in opposition to waqf) within the waqf contract. One of clauses that are doubt about their validity and annulment (voidance) is the provision to pay off the debts and expenses of the founder of waqf





## Table of contents

Studying the Condition to Pay off the Debts and Expenses of the Founder of Waqf from the Profits of the Waqf Asset Abdoreza Asghari & Mostafa Hussein & Gholamreza Yazdani & Muhammad Hussein .....	3
The Jurisprudential - Legal Analysis of Speeding up in the Execution of a Civil Judgment with Emphasizing on the Provisional Execution Amir Entezari & Rasoul Maghsoudpour & Sayyed Mohsen Hussein pouya & Ahmad Taji .....	23
The Financial Settlement of the Failing Banks and Credit Institutions with a Look to the Comprehensive Banking Plan/ Ahmad Beygi Habibabadi & Hussein Pashaei .....	51
The Principle Being Adduceable in the Cases of Doubt in the Mandatory or Complementarity of the Legal Rules with Comparative Study in the Law of Egypt Bizhan Haji Azizi & Hamed Khosravi & Yaser Khosravi .....	81
Studying the Principles and Ordinances of Transactions of Another Person's Property in Imamayah Fiqh, the Law of Iran and the Law of England Hamed Khubyari & Sayyed Muhammad Sadiq Tabatabaei & Ali Reza Arashpour .....	109
Jurisprudential Correctness of the Ta'liqi (Conditional) Liability with the Critical Analysis of The Articles 691, 699 and 700 of the Civil Code of Iran Hadi Khoshnaghsh & Muhammad Adibi Mehr .....	137
The Impact of Implementing Sanction by the Party of the Six Countries (5+1) in the Joint Comprehensive Plan of Action in Exercising the International Upstream Oil Agreements from the Point of the View of Iran's Legal System/ Farhad Rohani & Sayyed Nasrollah Ebrahimi & Mojtaba Zahedian & Sayyed Mohsen Hussein Pouya .....	163
Reviewing and Analyzing the Famous Opinion and the Civil Law about Fudhuli (Unauthorized) Sale Based on the Maxim "Contracts Follow Intentions" Zeinab Sanchouli & Muhammad Reza Kaykha .....	191
The Examination of the Capacity of the Authorization in Establishing Right for the Authorized Person/ Muhammad Salehi Mazandarani & Ali Javadieh .....	215
The Abdication of the Ruler by God's Command in Islam Public Law; Investigation for possibility, Obligations and Requirements Hamid Reza Safaei Ovandari & Sayyed Mohsen Ghaemi Khargh .....	239
The Jurisprudential Study of the Nature of the Postpaid Landline Phone Subscription Contract/ Muhammad Ghanbarzadeh & Ali Akbar Izadifard & Saeed Ebrahimi .....	261
The Legal - Jurisprudential Examination of the Role of Will in the Agreements between Parents with Custody Issue Majid Reza Kamali Banyani & Dawood Nasiran & Sayyed Muhammad Hadi Mahdavi .....	289
The Inexplicit Stipulations of the Validity and Reliability of the Condition in the Civil Code/ Reza Maghsoudi & Sayyed Mostafa Mohaghigh Damad & Sayyed Mahdi Allameh & Alireza Mazlum Rahni & Hormoz Asadi Koohbad .....	313
Studying the Exemplification of the Consumption of the Majority of Properties in Charities for the Adventitious Prodigality with a Look to Imamayah Fiqh Hussein Yousefifar & Hussein Ahmari & Ali Vaez Tabasi .....	341
<b>Translation of Abstracts:</b>	
Arabic Translation/ Hamid Abbaszadeh .....	361
English Translation/ Ali Borhanzahi .....	392

صاحب امتیاز: **فصلنامه علمی پژوهشی**  
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 ملک‌افضلی 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 احمد احمدی / حجة الاسلام دکتر محمدجواد ارسطو / دکتر امین امیرحسینی /

حجة الاسلام دکتر جواد ایروانی / دکتر علیرضا پوراسماعیلی / دکتر صدیقه حاتمی /

حجة الاسلام دکتر سیدابوالقاسم حسینی زیدی / دکتر موسی حکیمی صدر / دکتر

مصطفی رجائی پور / حجة الاسلام دکتر سیدعلی رضوی / حجة الاسلام دکتر جعفر

زنگنه شهرکی / دکتر محمدعلی سعیدی / دکتر محمد صادقی / دکتر مهران

عبدلی / دکتر ابوالفضل علیشاهی قلعه‌جوقی / دکتر محمدتقی فخلعی /

حجة الاسلام دکتر سیدمحسن قائمی خرق / حجة الاسلام دکتر رحمت‌الله

کریم‌زاده / دکتر حجت مبین / حجة الاسلام دکتر احمد مروراید / حجة الاسلام

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

غلامرضا یزدانی / حجة الاسلام دکتر محمدمهدی 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](http://www.sid.ir) و [www.noormags.ir](http://www.noormags.ir) و [www.magiran.com/razavi](http://www.magiran.com/razavi)  
و [www.civilica.com](http://www.civilica.com) و [www.isc.gov.ir](http://www.isc.gov.ir)

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

«آرای نویسندگان مقالات لزوماً دیدگاه مجله نیست.»

«نقل مطالب مجله با ذکر مأخذ بلامانع است.»

## آموزه‌های فقه مدنی

پاییز - زمستان ۱۴۰۰، شماره ۲۴



مسئول اجرایی

محمدامین انسان

کارشناس اجرایی

علی برهان‌زهی

نحوه انتشار

به صورت الکترونیکی در وبگاه

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

ارتباط با کارشناس

«تماس با ما» در سامانه نشریات

نشانی پستی

مشهد، ص پ ۹۱۷۳۵-۴۶۱

رایانامه

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

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

**Civil Jurisprudence Doctrines**

No. 24

Autumn 2021& Winter 2022



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

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