

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فهرست مطالب

حکومت نبوی، مأموریتی الهی یا ضرورتی عقلی یا سیاسی؟

- محمدحسن اشرفی بجستانی و محمدرضا کاظمی گلوردی و علی اصغر داودی ۳
بررسی و نقد نظریه شخصی انگاری تملک انفال و اموال عمومی در فقه امامیه و حقوق ایران
- عبدالرضا اصغری و مهدی علیزاده ۲۱
نقدی فقهی به رویکرد قانون مجازات اسلامی پیرامون اقرار ورشکسته در دعاوی کیفری
- روح‌اله اکرمی و عزیزالله فهیمی ۴۷
اجاره سهام در بازار سرمایه و تحلیل آن بر مبنای ماهیت سهام از منظر فقه و حقوق / سیدمحمد امین‌زاده ... ۷۷
- چالش‌های فراروی مبانی تحولات مالکیت اراضی پس از انقلاب اسلامی / بیگرد تیموری و شهرام محمدی ۱۰۳
امکان‌سنجی تجویز سقط جنین ناقص‌الخلقه توسط قاعده لاجرح از منظر فقه امامیه
- زهره حاجیان فروشانی و محمدرضا حمیدی ۱۲۹
- اجبار اعتباری در شرط ترک فعل حقوقی / محمد صالحی مازندرانی و پیام محمدی میرعزیزی ۱۵۱
مسقط حق رد نبودن حدوث عیب جدید با جبران خسارت (نقد بند ۳ ماده ۴۲۹ قانون مدنی)
- محمدرضا کیخا و حمید مؤذنی بیستگانی و مرضیه قاسمی ۱۷۹
- تأملی در حکم فقهی خلق پول / مهدی محققان و سیدمحمدهادی مهدوی و احمدرضا توکلی ۱۹۷
- بازپژوهی در حکم فقهی «شرط عدم مهر» در نکاح / حمید مسجدسرائی و سیدرسول موسوی ۲۱۹
اعتبارسنجی شروط تحمیلی و حمایت از طرف ضعیف در عقود تحمیلی در فقه اسلامی، حقوق ایران و مصر
- سیدابوالقاسم نقیبی و ابراهیم تقی‌زاده و عدنان حسینی ۲۳۹
امکان‌سنجی مسئول دانستن بیت‌المال در پرداخت خسارات جسمی وارده از ناحیه افراد فاقد قصد فعل
- حسین هوشمند فیروزآبادی و احسان یآوری و حسن نقدیان ۲۷۱

ترجمه حکم‌ها

- ترجمه عربی (موجز المقالات) / حمید عباس‌زاده ۳۰۱
- ترجمه انگلیسی (Abstracts) / محمدحسین گلیاری ۳۲۶

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.

حکومت نبوی،

مأموریتی الهی یا ضرورتی عقلی یا سیاسی؟*

- محمدحسن اشرافی بجنستانی^۱
- محمدرضا کاظمی گلوردی^۲
- علی اصغر داودی^۳

چکیده

یکی از مباحث پرمناقشه جامعه اسلامی در طول دوره چهارده قرنیه خود، موضوع حکومت اسلامی و حق حکومت و ملاک حقانیت بوده است. از آنجایی که چنین مباحثی را نمی‌توان فارغ از حکومت پیامبر اسلام ﷺ و سنت سیاسی ایشان بررسی نمود، بدین جهت بسیاری از اندیشمندان دینی و سیاسی در مباحثی چون امامت، خلافت، حکومت و... ناگزیر از بررسی حکومت ایشان در مدینه

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱/۲۶ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۷/۹.

۱. دانشجوی دکتری تخصصی فقه، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران (ashrafimh58@gmail.com).
۲. دانشیار گروه فقه و حقوق اسلامی، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران (نویسنده مسئول) (mr_kazemigolvardi@yahoo.com).
۳. استادیار گروه علوم سیاسی، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران (adavoudi@mshdiau.ac.ir).

گردیده‌اند؛ اما توانسته‌اند در خصوص ماهیت شرعی یا سیاسی آن به اتفاق نظر واحد برسند. به نظر می‌رسد برای حل این مسئله، نخست باید به این سؤال پرداخته شود که حکومت شکل گرفته در مدینه‌النبی بعد از هجرت، حاصل کدام یک از استلزامات سیاسی، عقلی یا مأموریت الهی بوده است؟ به طور طبیعی، حاصل بحث، هر یک از صورت‌های پیش گفته شود، می‌تواند نقش مهمی در کارکرد سیاسی دین داشته باشد؛ زیرا بنا بر فرض سوم، دیگر نمی‌توان مرجعیت سیاسی دین و شخص پیامبر ﷺ و نیز لزوم ادامه این مرجعیت را منکر گردید. ولی در فرض اول و دوم، می‌توان در مرجعیت سیاسی دین و شخص پیامبر ﷺ مناقشه کرد. نگارندگان بر این باورند که حضرت رسول ﷺ حسب وظیفه شرعی، اقدام به تشکیل حکومت نموده و ضرورت عقلی و سیاسی، صرفاً مؤید دلیل قرآنی بر لزوم شرعی حکومت اسلامی بوده است و مقاله حاضر با روش تحلیلی به بررسی این موضوع می‌پردازد.

واژگان کلیدی: حکومت نبوی، ملاک حقانیت، استلزامات عقلی، ضرورت شرعی، قدرت.

طرح مسئله

امروزه همه نحله‌های فکری اسلامی پذیرفته‌اند که پیامبر ﷺ دارای حکومت بوده و انکار آن، نادیده انگاشتن یکی از مسلمات تاریخ است و تلاش انکارآمیز برخی (عبدالرزاق، ۱۳۸۰: ۱۳۵) نیز راه به جایی نبرده است. اما اینکه خاستگاه این حکومت چیست و شرع چه مقدار در آن دخالت دارد، از مباحث پرمناقشهٔ مجامع فکری اسلامی گردیده و فهم مسلمانان از سنت را دچار اختلاف نموده است، تا آنجا که ملاک حقانیت در حکومت اسلامی متأثر از تفاوت درک از سنت سیاسی نبوی، دچار اختلاف مبنایی شده است. مباحث کلامی همچون امامت، نبوت و... نیز نتوانسته فصل‌الخطاب این مسئله گردد. حتی در جامعه شیعه که امامت را از مسائل علم کلام می‌داند، این مشکل خودنمایی می‌کند. به نظر می‌رسد برای حل این مسئله قبل از هر چیز باید به این پرسش پاسخ گفت که حکومت نبوی در مدینه‌النبی، حاصل کدام یک از ضرورت‌های سیاسی، عقلی یا مأموریت الهی می‌باشد؟

پاسخ به این پرسش، مبین سه نظریه در این مسئله است؛ یعنی برخی نقش نبوت و امامت پیامبر اسلام ﷺ را واحد دانسته و آن را جدای از مقام حکومت شمرده‌اند

(حائری، ۱۹۹۴: ۲۱۴). پس حکومت ایشان نمی‌تواند خاستگاه تشریحی الهی یابد و در نتیجه، مأموریت الهی نیز نخواهد بود؛ لکن می‌تواند به عنوان ضرورتی سیاسی در بستر اجتماعی آن روزگار باشد؛ زیرا مسلمانان چونان دیگر جوامع، نیازمند سازوکارهای سیاسی - اجتماعی از جمله حکومت می‌باشند. حال اگر اثبات شود که تشکیل حکومت، مأمور به الهی نبوده و صرفاً ضرورتی عقلی (از حیث اصل حکومت) و خصوصاً سیاسی می‌باشد، بحث حکومت دینی موضوعیتش را از دست می‌دهد و نهایت چیزی که می‌توان تصور کرد، حکومت متدینان خواهد بود. در چنین فرضی، انتخاب حاکم از شئون اصلی مردم تلقی می‌شود و پیامبر نیز از آن جهت که در کنار شأن الهی نبوت، مقبولیت اجتماعی داشت، از طرف مسلمانان دارای شأن مردمی حکومت هم‌گردیده است. پس چیزی به نام کارکرد سیاسی دین حتی در دوره خود حضرت وجود ندارد تا بتوان آن را بعد از عمر شریف ایشان در دیگر دوره‌ها به عنوان سنت سیاسی گسترش داد. به عبارت دیگر، مرجعیت سیاسی دین بی‌معنا می‌شود و دین صرفاً بیان‌کننده ارزش‌های اخلاقی و اخروی خواهد بود. مهم‌تر از همه اینکه در چنین فرضی، چنانچه پیامبر صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم به امر نبوت خود مشغول باشد و به تشخیص مردم، شخصی غیر از حضرت به امر حکومت مشغول گردد، امری مشروع و مورد تأیید خداوند خواهد بود. پس وقتی مأموریت الهی برای حکومت وجود ندارد، چیزی به نام انتصاب الهی نیز مطرح نیست تا بخواهد ملاک حقانیت حکومت باشد.

اما چنانچه حکومت نبوی را محصول ضرورت عقلی بدانیم، برداشتی متفاوت شکل می‌گیرد که خود به دو نوع تقسیم می‌شود: الف- برخی عقل را صرفاً دلیل بر ضرورت وجود اصل حکومت می‌دانند و به عبارت دیگر، آن را مؤید ضرورت سیاسی دانسته، ولی تأثیر آن را بر الهی بودن حکومت نبوی نمی‌پذیرند (همان: ۱۴۳). ب- گروهی دیگر معتقدند که ضرورت عقلی حکومت نبوی، دو کارکرد دارد: نخست، دلالت بر ضرورت اصل وجود حکومت نبوی، که در این بخش با گروه اول اشتراک نظر دارند. دوم، دلالت بر لزوم وجود حکومت دینی؛ زیرا وجود چنین حکومتی، لازمه عقلی اجرایی شدن اراده‌های تشریحی الهی به ویژه در حوزه فرامین سیاسی و اجتماعی خداوند، از جمله قوانین انتظامی اسلام است (معرفت، ۱۳۷۸: ۱۲۴).

اما نظر سومی هم قابل تصور است. به عبارت دیگر، دو نظریه پیش گفته، هر کدام یکی از شئون حکومت پیامبر صلی الله علیه و آله را مدنظر قرار داده‌اند، در حالی که می‌توان تصور نمود که حکومت ایشان توأمان ناشی از ضرورت عقلی - سیاسی و هم مأموریتی الهی باشد. بنابراین، حکومت اسلامی مدینه‌النبی، مبین یکی دیگر از احکام امضایی اسلام است؛ زیرا دین اسلام منطبق با فطرت بشر است. یعنی اصل حکومت، ضرورتی عقلی - سیاسی است، ولی ماهیت اهداف، کیفیت اجرایی، ملاک‌های حاکم، امری الهی و ضرورتی شرعی بوده است که عقل نیز مؤید آن است. آنچه تا کنون ذکر شد، در مباحث کلامی شیعه از دیرباز با نام امامت، خلافت، ... و امروزه با عناوین حکومت اسلامی و ... مطرح می‌گردد. به طور کلی از نظر امامیه، نبوت و امامت از جمله امور مربوط به خداوند است؛ به همین دلیل، آن را از مسائل علم کلام قرار داده‌اند (علامه حلی، ۱۳۸۸: ۶۰). هرچند اهل سنت، نبوت را همچون توحید از مسائل علم کلام دانسته‌اند، ولی امامت را از مسائل فقهی تلقی نموده‌اند. از آنجایی که فقه به افعال مکلفان می‌پردازد و امامت از نظر اهل سنت، همان خلافت و حکومت بوده که از امور دنیوی مکلفان است، پس آن را از مسائل علم فقه دانسته‌اند، نه علم کلام که موضوعش امور مربوط به فعل الهی است (ماوردی، ۱۳۸۳: ۲۲).

مقاله حاضر که از نوع کتابخانه‌ای می‌باشد، سعی دارد نظریات مطرح پیرامون پرسش تحقیق را با روش تحلیلی بررسی و در بوته نقد گزارد تا فهم صحیح‌تری از سنت سیاسی پیامبر عظیم‌الشان اسلام صلی الله علیه و آله از حیث خاستگاه حکومت اسلامی نبوی به دست آید.

نظریه اول: حکومت نبوی، ضرورت سیاسی

طرفداران این نظریه معتقدند از آنجایی که انسان موجودی فطرتاً اجتماعی و طرفدار زیست اجتماعی می‌باشد و نیز می‌داند که تأمین نیازهای وی در زندگی فردی و جزیره‌ای ممکن نیست، بلکه تعاون اجتماعی است که بستر لازم را برای اهداف زیستی و نیل به کمالات او مهیا می‌سازد، بدین جهت وجود حکومت را جهت سامان بخشیدن به امور فوق و ایجاد سازوکارهای ارتباطی و همکاری اجتماعی در راستای برقراری عدالت اجتماعی، امری ضروری و اجتناب‌ناپذیر تلقی می‌کند. به قول ارسطو:

«حکومت لازمه طبیعت بشری است؛ زیرا انسان یک موجود اجتماعی است و بدون وجود حکومت نمی‌تواند اجتماعی بودن خود را حفظ کند» (ارسطو، ۱۳۸۷: ۹۶).

ژان ژاک روسو که خود صاحب نظریه «قرارداد اجتماعی»^۱ است و آن را خاستگاه اصلی مبنای مشروعیت هر حکومتی می‌داند، معتقد است که تنها حکومت می‌تواند رعایا و هیئت حاکمه را به همدیگر مربوط سازد و اجرای قانون و حفظ آزادی سیاسی را بر عهده گیرد (جونز، ۱۳۸۵: ۳۸۹/۲). طبق نظریه اول، مشروعیت هر حکومتی به قرارداد اجتماعی آن جامعه برمی‌گردد؛ زیرا شهروندان در این قرارداد، حق دفاع از برخی حقوق فردی و جمعی خود را به فردی همچون پادشاه یا هیئتی به نام هیئت حاکمه یا فرمانروایان کشور محول می‌کنند و برای هر چه بهتر انجام دادن این مطلوب، امتیازات مالی و اختیارات کافی و مقدمات دیگر خود را که نیرو و قدرت اجرایی هیأت حاکمه را تضمین کند، در اختیار وی قرار می‌دهند تا او با حکمت و تدبیر بتواند بر سراسر کشور عدالت گسترده‌تری کند و آزادی و استقلال افراد را همگام با امنیت و آسایش آنان تأمین سازد. چنین قراری، همان «قرارداد اجتماعی» نام دارد (حائری، ۱۹۹۴: ۵۹). حائری معتقد است که در عصر پیامبر ﷺ و امام علی علیه السلام نیز همین امر اتفاق افتاده و می‌گوید:

«از سوی دیگر مشاهده می‌کنیم بعضی از پیامبران سلف و علی‌الخصوص پیامبر عظیم‌الشأن اسلام حضرت ختمی مرتبت ﷺ علاوه بر مقام والای پیامبری، عهده‌دار امور سیاسی و کشورداری نیز بوده‌اند و حضرت علی علیه السلام نیز علاوه بر مقام امامت و ولایت کلیه الهیه که تنها از سوی خدا و به وسیله وحی فرجام پذیرفته بود، در یک برهه از زمان از طریق بیعت و انتخاب مردم به مقام سیاسی خلافت و امور کشورداری نائل گردید. باید بدانیم این مقامات سیاسی به همان دلیل که از سوی مردم وارد بر مقام پیشین الهی آن‌ها شده و به مناسبت ضرورت‌های زمان و مکان، بدون آنکه خود در صدد باشند، این مقام به آن‌ها عرضه گردیده، به همان جهت نمی‌تواند جزئی از وحی الهی محسوب گردد» (همان: ۱۴۳).

برخی از طرفداران نظریه اول در راستای توجیه ضرورت سیاسی می‌گویند که

1. Social contract.

قدرت سیاسی پیامبر ﷺ، حاصل نظام قبیله‌ای می‌باشد و چون ایشان در رأس قبیله مسلمانان قرار داشت، پس قدرت حضرت و مشروعیت آن نیز به همین موضوع قبیله برمی‌گردد. گرچه طرفداران این نظریه صراحتاً منکر ماهیت حکومت دینی نشده‌اند، ولی سیر تحولی پیدایش جامعه اسلامی، نخست در مکه و سپس در مدینه‌النبی را به گونه‌ای ترسیم می‌نمایند که بر ایند آن، ریاست پیامبر به عنوان رئیس قبیله مسلمانان می‌شود. یعنی این قبیله است که حضرت را با توجه به جایگاه اجتماعی اش (نه نقش الهی وی) به عنوان رأس هرم قدرت پذیرفته و مشروعیت بخشیده است. با این تفاوت که در گذشته یعنی قبل از تشکیل قبیله مسلمانان، سه عنصر خون و نسب، غنیمت و عقیده، رکن‌های قدرت در قبیله جاهلی بود، ولی در بعد از تشکیل قبیله مسلمانان، همین سه عنصر و سه رکن وجود داشت، با این تفاوت که عنصر عقیده در صدر قرار گرفت و دو عنصر دیگر، جایگاه بعدی را به خود اختصاص دادند. یعنی اضلاع قبیله، تفاوت ماهوی پیدا نکرد و صرفاً از نظر شکلی متفاوت شد (فیرحی، ۱۳۷۸: ۱۳۴).

طرفداران این نظریه بر این عقیده‌اند که حتی ضرورت عقلی عملیاتی کردن و اجرای احکام اسلام، دلیل بر سمت الهی حکومت نبوی نیست. بلکه تشکیل آن، ابتکار امت بوده است که در قالب بیعت، زمامدار سیاسی خویش را انتخاب کرده‌اند و حکومت مردمی تحقق یافته است. حکومت از حوزه وحی و پیامبر بیرون است و خداوند صرفاً رضایت خویش را از این سازوکار اعلام نموده است (حائری، ۱۹۹۴: ۱۴۳)؛ آنجا که می‌فرماید: ﴿لَقَدْ رَضِيَ اللَّهُ عَنِ الْمُؤْمِنِينَ إِذْ يُبَايِعُونَكَ تَحْتَ الشَّجَرَةِ﴾ (فتح/ ۱۸)؛ خدا از مؤمنانی که زیر درخت با تو بیعت کردند، به حقیقت خشنود گشت.

آن‌ها می‌گویند که حکومت پیامبر ﷺ و گفتارهای سیاسی ایشان و نیز آنچه از حضرت علیؑ در خصوص حکومت و کشورداری وارد شده، بسیار ارزنده و ممتاز می‌باشد؛ اما جملگی از مسائل دین و شریعت نیست، بلکه برگرفته از نقش معلمی ایشان به عنوان انسان‌های فرهیخته و شایسته است و شامل آیه شریفه ﴿إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَى﴾ (نجم/ ۴) نیست؛ یعنی ماهیت شرعی ندارد، بلکه از نوع کارهای خوب اجتماعی است (بازرگان، ۱۳۷۳: ۵۲). آنچه در اینجا به خوبی خودنمایی می‌کند، نوع تعریف طرفداران نظریه اول از امامت است؛ یعنی برای اینکه بتوانند سیاست را تافته جدا بافته از

دین تعریف نمایند که مربوط به امور دنیوی محض بوده و کارکرد دینی ندارد، و به تبع آن حکومت نبوی را هم فاقد مأموریت الهی معرفی کنند، ناگزیر از تعریفی خاص از امامت شده‌اند؛ آنجا که می‌گویند:

«امامت جزئی از مفهوم و ماهیت پیامبری است و مانند نبوت، یک پدیده والای معنوی و الهی است که از سوی خدا بر روی زمین جلوه‌گر شده است و به هیچ وجه وابسته به بیعت و انتخاب مردم نمی‌باشد. از حیث کارکردی نیز امام همچون پیامبر است؛ چون با نفس پیامبر متحد می‌باشد، وحی را که مأموریتش بازگو کردن دانسته‌های تشریحی است از پیامبر گرفته و به مردم جهان با مأموریت از سوی پیامبر بازگو می‌نماید» (حائری، ۱۹۹۴: ۱۷۲).

پیامدهای نظریه اول

۱- طبق بیان و تعریف بالا از امامت، هم امامت و هم نبوت هر دو مرتبه‌ای انتصابی از سوی خداوند متعال هستند؛ ولی امام شأنی به غیر از کارایی و شأن پیامبر ندارد. تفاوت آن‌ها فقط از دو جهت است: ۱- پیامبر وحی را مستقیماً از خدا می‌گیرد، اما امام وحی را از پیامبر دریافت می‌کند؛ ۲- پیامبر از جانب خدا مأمور است، اما امام از جانب پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ و دیگر معصومان إِنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيُذْهِبَ عَنْكُمُ الرِّجْسَ أَهْلَ الْبَيْتِ وَيُطَهِّرَكُمْ تَطْهِيرًا، امام مستقیماً از جانب خدا منصوب و مأمور می‌گردد و پیامبر جز نقش ابلاغ این انتصاب و مأموریت، نقش دیگری در موضوع امامت ندارد. شاید مهم‌ترین و صریح‌ترین روایت از پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ همان خطبه غدیر باشد که حضرت صراحتاً می‌فرماید:

«معاشر الناس! إنَّه إمام من الله» (طبرسی، ۱۴۱۶: ۱۴۱)؛ ای مردم! او [علی إِبْرَاهِيمَ] پیشوایی از جانب خداست.

و در ابتدای خطبه می‌فرماید:

«لا إله إلا هو، لأنه قد أعلمني أنني إن لم أبلغ ما أنزل إليّ في حقّ عليّ فما بلغت رسالته... فأوحى إليّ: بسم الله الرحمن الرحيم ﴿يَا أَيُّهَا الرَّسُولُ بَلِّغْ مَا أُنزِلَ إِلَيْكَ مِنْ رَبِّكَ﴾ [مائده / ۶۷] في عليّ يعني في الخلافة لعليّ بن أبي طالب»؛ معبودی جز او نیست. او به من اعلام فرمود که اگر آنچه در حق علی بر من وحی شده، به مردم نرسانم، رسالت او را ابلاغ نکردم. پس خداوند بر من وحی فرمود: به نام خداوند بخشنده مهربان، «ای پیامبر!

ابلاغ کن آنچه را از سوی پروردگارت بر تو نازل شده» درباره علی، یعنی درباره خلافت علی بن ابی طالب.

حتی حضرت در مقام اجراسازی حدیث غدیر هنگامی که از مردم خواست تا بیعت کنند، صراحتاً فرمود:

«أَنَا أَخَذَكُمْ بِالْبَيْعَةِ لَهُ عَنِ اللَّهِ ﷺ» (همان: ۱۵۵)؛ من از طرف خدا از شما برای علی بیعت می‌گیرم.

۲- از آنجایی که کارکرد امامت و نبوت طبق تعریف طرفداران نظریه نخستین، تفاوت ماهوی ندارد و ماهیتاً جز دریافت و ابلاغ وحی نیست، پس امامت پیامبر ﷺ هم بی‌معنا می‌گردد؛ چون وظایف امامت، همان وظایف نبوت شد و دیگر دلیلی ندارد که پیامبر علاوه بر عنوان نبی، عنوان دیگری یعنی امام را هم داشته باشد؛ زیرا تحصیل حاصل است و این خلاف حکمت خداست. از طرف دیگر ناگزیریم همانند اهل سنت، صراحت آیه قرآن را در خصوص انتصاب حضرت ابراهیم عليه السلام به مقام امامت (در حالی که قبلاً مقام نبوت را هم دارا بود)، نپذیریم و در آن دخل و تصرف کنیم و بگوییم که منظور از امام، همان پیامبر است (فخرالدین رازی، ۱۴۱۱: ۳۷/۴)؛ آنجا که خداوند در قرآن می‌فرماید: ﴿إِنِّي جَاعِلُكَ لِلنَّاسِ إِمَامًا﴾ (بقره/۱۲۴)؛ من تو را امام و پیشوای مردم قرار دادم.

۳- طبق سخن نظریه ضرورت سیاسی، امامت هیچ ربطی با حکومت و سیاست ندارد؛ همچنان که نبوت نیز چنین می‌باشد. لازمه این سخن آن است که اولاً امامت حضرت علی عليه السلام، نقشی در مشروعیت حکومت حضرت نداشته و تمام مشروعیت حکومت ایشان از بیعت مردم می‌باشد. پس جریان غدیر با تمام قیود مندرج در خطبه غدیر (طبرسی، ۱۴۱۶: ۱۳۹)، هیچ نقشی در مشروعیت الهی حکومت ایشان ندارد؛ زیرا تمام آن‌ها دلیل بر امامت علی عليه السلام می‌باشد و امامت ربطی به سیاست و حکومت ندارد. ثانیاً تعارض‌های رخ داده بعد از جریان غدیر، در اصل، تعارض دو بیعت سیاسی نبوده، یعنی بیعتی که در غدیر برای امامت علی عليه السلام شکل گرفت و پیامبر ﷺ مجری آن بود، جنبه حکومتی نداشت و صرفاً برای امامت فارغ از سیاست بود و با بیعتی که در سقیفه (بر فرض تحقق) شکل گرفت، چون برای تعیین خلیفه و حاکم اسلامی بود،

تعارضی ندارد. پس خلیفه اول کاملاً حکومتی مشروع داشته و ادعاهای حکومتی علی‌الایشیلا و فاطمه زهرا (علیها السلام) هیچ مبنای شرعی و الهی ندارد. ثالثاً طبق این نظر، تمام احتجاجات و مناشدات (سوگندها) امیرالمؤمنین (علیه السلام) در خصوص حقانیت الهی ایشان به حکومت به دلیل انتصاب حضرت در غدیر به ولایت و امامت مسلمانان بعد از پیامبر (صلی الله علیه و آله و سلم)، نعوذ بالله نوعی عوام‌فریبی و به اصطلاح امروزی، تاکتیک سیاسی برای کسب قدرت بوده است.

۴- در اینکه در عصر پیامبر (صلی الله علیه و آله و سلم)، قبیله و ارتباطات درون‌قبیله‌ای در تکوین قدرت و اعمال آن، جایگاه خاص خود را داشت، هیچ گونه تردیدی نیست. رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلم) نیز با توجه به شرایط زمانی و مکانی خود، از آن بهره برده است و همین طور دیگر مسلمانان. ولی نگاه مسلمانان صدر اسلام به حضرت، نگاه قبیله‌ای نبود و حضرت را به عنوان ولی الله و نبی الله می‌دیدند. چه بسا در جاهایی که حضرت دستوری صادر می‌کردند که خوشایند طبع بعضی از مسلمانان نبوده، ولی چون به عنوان رسول خدا (صلی الله علیه و آله و سلم) دستور می‌داد، می‌پذیرفتند؛ مثلاً بعد از جنگ طائف و بهره‌مندی زیاد اصحاب قریشی از غنائم به امر پیامبر (صلی الله علیه و آله و سلم)، و بهره کم انصار از آن و اعتراض اولیه آن‌ها، ولی بعد از بیان حضرت در رد نگاه قبیله‌گرایانه در تقسیم غنائم، انصار (به رغم نقش مادی بالای غنائم در فرهنگ قبیله) حکم رسول خدا را پذیرفتند (ابن هشام، ۱۹۷۵: ۱۵۰/۲). حضرت همواره سعی در اعمال ملاک ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَىكُمْ﴾ (حجرات/۱۳) (گرامی‌ترین شما نزد خداوند با تقواترین شماست) داشت. انتخاب برخی فرماندهان نظامی یا نقش‌آفرینان تربیتی از بین مؤمنان فقیر اصحاب صفه چون سلمان، مقداد و ابن مسعود، گواه موضوع است (ابن اثیر جزری، ۱۴۱۵: ۲۲). در دوره حضور ایشان در مدینه، قانون اخوت اسلامی و هم‌زیستی دینی، مهم‌ترین ملاک ارتباطات مردمی و تشکلهای قدرت در حکومت نبوی بود (ابن هشام، ۱۹۷۵: ۱۴۷/۲-۱۵۰).

نظریه دوم: حکومت نبوی، ضرورتی عقلی

گرچه ضرورت عقلی وجود اصل حکومت در هر جامعه‌ای و از جمله جامعه مسلمانان مدینه‌النبی در عصر پیامبر (صلی الله علیه و آله و سلم)، مورد قبول تمام اندیشمندان دینی، سیاسی و

اجتماعی می‌باشد، اما برخی متفکران امامیه ضرورت عقلی را دلیل بر لزوم حکومت دینی پیامبر صلی الله علیه و آله نیز دانسته‌اند و می‌گویند: همان گونه که ضرورت عقلی اصل حکومت، بنفسه در جامعه انسانی قابل تردید نیست، عقل به ضرورت درمی‌یابد: اولاً انسان دارای حب ذات نمی‌تواند بشخصه برنامه‌نویس و قانون‌گذار تمام‌عیار و کامل باشد؛ زیرا محدودیت‌های متعددی که او را احاطه کرده است، وی را فاقد صلاحیت تعیین قوانین کامل برای زندگی سعادت‌مندانه می‌سازد. در همین راستا، اصل دین که مطابق با فطرت بشر و عالم تکوین است، تشریح گردید تا این مهم را بر عهده گیرد. ثانیاً صرف برنامه‌نویسی و قانون‌گذاری، بشر با ویژگی‌های فوق را مقید به رعایت آن‌ها نمی‌سازد؛ بلکه لازمه آن، وجود قوه قهریه‌ای می‌باشد که ضامن اجرای برنامه‌ها و قوانین گردد (جوادی آملی، ۱۳۷۸: ۵۳). امام خمینی در این باره می‌گوید:

«مجموعه قانون برای اصلاح جامعه کافی نیست؛ برای اینکه قانون مایه اصلاح و سعادت بشر، به قوه اجراییه و مجری احتیاج دارد» (موسوی خمینی، ۱۳۶۹: ۲۵).

و در جایی دیگر این گونه متذکر می‌شود:

«احکام اسلامی اعم از قوانین اقتصادی، سیاسی و حقوقی، تا روز قیامت باقی و لازم‌الاجراست... این بقاء و دوام همیشگی احکام، نظامی را ایجاب می‌کند که اعتبار و سیادت این احکام را تضمین کرده، عهده‌دار اجرای آن شود» (همان: ۲۶).

طرفداران این نظریه بر این عقیده‌اند که آیات فراوانی از قرآن که امر به اطاعت از خدا و رسول نموده، یا آیات قوانین دفاعی، اجتماعی و انتظامی اسلام مانند قوانین دیات، قصاص، جهاد، زکات، امر به معروف و نهی از منکر...، جملگی مؤیدات این ادله عقلی می‌باشند (قاضی‌زاده، ۱۳۸۴: ۱۳۳-۱۳۵).

به نظر می‌رسد طرفداران نظریه اول و دوم هر کدام از یک بعد به موضوع پرداخته‌اند و حال آنکه هر دو، اصل حکومت پیامبر صلی الله علیه و آله را پذیرفته‌اند و نیز قبول دارند که ایشان در حکومت خود، مجری احکام دین بوده است، نه قوانین خودساخته بشری. بنابراین، دو نظریه پیش گفته در عین اینکه مکمل یکدیگرند، نمی‌توانند دلیل و مبنای اصلی حکومت نبوی باشند. حتی نظریه دوم، نهایت نتیجه‌ای که دارد، اثبات نقش حکومتی شخص پیامبر صلی الله علیه و آله است و نمی‌تواند بیانگر اراده تشریعی خداوند در حکومت دینی نبوی گردد.

نظریه سوم: حکومت نبوی، مأموریت الهی و الزامی شرعی

به نظر نگارندگان، خداوند در قرآن صراحتاً پیامبر ﷺ را مأمور ایجاد تشکل سیاسی اجرایی در حد وسیع می‌سازد و تمام ادله دو نظریه بالا در راستای تأیید همین دلیل قرآنی است. قبل از ورود به ذکر ادله، یک مقدمه بیان می‌شود:

قدرت و سیاست

امروزه تمام اندیشمندان صاحب‌نظر در علوم سیاسی بر این نکته اتفاق نظر دارند که «قدرت از مهم‌ترین مؤلفه‌های سیاست می‌باشد و سخن گفتن از علوم سیاسی فارغ از قدرت و اقتدار و آنچه برخاسته از قدرت است، ممکن نیست» (علی‌بابایی، ۱۳۸۲: ۴۲۱). تجلی قدرت سیاسی در تشکیل حکومت و ایجاد سازوکارهای حکومتی است (مدنی، ۱۳۷۲: ۶۴/۱). مبرهن است که هر حکومتی متناسب با اهداف کلان خود، سیاست‌های اجرایی خویش را سازماندهی می‌کند و هر چه این اهداف بلندتر باشد، لزوم وجود قدرتی متناسب با آن را بیشتر می‌طلبد.

طبق آنچه که خداوند متعال در قرآن کریم بیان فرموده، هدف نهایی مکتب توحیدی، هدایت تمام و کمال بشر توسط انبیاست. لازمه عقلی این هدف، رفع موانع هدایت می‌باشد و حکومت‌های طاغوتی از مهم‌ترین آن‌ها هستند که هدفشان به بندگی کشیدن عبادالله است. لذا دستور سرپیچی از طاغوت صادر شد. قرآن می‌فرماید: ﴿أَنْ اَعْبُدُوا اللَّهَ وَاجْتَنِبُوا الطَّاغُوتَ﴾ (نحل / ۳۶)؛ خدا را پرستید و از طاغوت پرهیز کنید.

فرمان الهی بر فراهم‌سازی قدرت: برای حذف موانع پیش‌گفته، داشتن قدرت متناسب با این هدف بزرگ، شرط عقل است و همان‌گونه که بعداً در بیان امام رضا علیه‌السلام می‌آید، حکمت خدا اقتضا می‌کند که امامانی برای جامعه اسلامی در نظر بگیرد و به حکومت گمارد. در همین راستا، خداوند متعال صراحتاً از پیامبر می‌خواهد که اقدام به آماده‌سازی قدرت نماید؛ قدرتی که از طرفی در خور شأن رسول الهی بوده و از طرف دیگر بتواند با تمام هیمنه شرک، کفر، نفاق و طاغوتیان نه تنها هم‌اوردی کند، بلکه موجب شود که آن‌ها حتی جرئت هم‌اوردی به خود ندهند و در این راستا می‌فرماید: ﴿وَأَعِدُوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْحَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾

(انفال / ۶۰)؛ و [ای مسلمانان!] آماده کنید برای [کارزار با] ایشان هر چه را می‌توانید از قدرت و از اسبان بسته‌شده که بترسانید با آن دشمن خدا و دشمن خود را.

در این آیه، کلمه «قوة» مطلق آمده و هیچ نوع قیدی برای آن ذکر نشده است؛ بلکه با توجه به عبارت «ما استطعتم» اشاره دارد که هر آنچه در توان (جسمی، فکری، روحی، نظامی، سیاسی، ...) شماست و موجب قدرت شما می‌گردد، باید مهیا سازید. در آیه شریفه با استفاده از کلمه «ترهون» که از ماده «إرهاب» به معنای ترساندن است، می‌خواهد نقش این «قدرت» و «قوت» را بیان کند؛ یعنی قدرتی فراهم آورید که هیبت و جلال آن جنبه بازدارندگی داشته باشد، به گونه‌ای که دشمن جرئت فکر کردن درباره حمله و مقابله با شما را نداشته باشد. علامه طباطبایی در خصوص دو واژه «إعداد» و «قوة» می‌گوید:

«إعداد» به معنای تهیه کردن چیزی است تا انسان با آن چیز به هدف دیگری که دارد، برسد، که اگر قبلاً آن را تهیه ندیده بود، به مطلوب خود نمی‌رسید؛ و کلمه «قوة» به معنای هر چیزی است که با وجودش کار معینی از کارها ممکن می‌گردد» (طباطبایی، ۱۳۹۳: ۱۱۵/۹).

طبق این آیه، مسلمانان عموماً و پیامبر ﷺ به عنوان امام‌المسلمین خصوصاً مأمور ایجاد تمامی سازوکارهای قدرتی برای بهره‌مندی از آن‌ها در مسیر اهداف نبوت بود که مهم‌ترین آن‌ها همان حکومت است؛ زیرا بدون داشتن حکومت که تبلور قدرت سیاسی است، چگونه حضرت می‌توانست قدرتی بازدارنده داشته باشد؟ پس باید سازوکاری حکومتی وجود می‌داشت که بتواند از نظر نظامی لشکرسازی نماید، از جهت اقتصادی و ترابری آن را پشتیبانی کند، از نظر دیپلماسی ارتباطات سازنده با هم‌پیمانان دولت اسلامی برقرار سازد، و همزمان به اوضاع داخلی مسلمانان هم سامان بخشد و جامعه اسلامی را در مسیر ارتقاء همه‌بعدی مدیریت کند. اگر چنین شد، دشمن از هم‌آوردی با مسلمانان می‌ترسد. به همین جهت بود که حضرت در اولین فرصت، اقدام به تشکیل حکومت نبوی در مدینه کرد و موجب شد که عمده جنگ‌ها بعد از شکل‌گیری حکومت صورت گیرد. ولی اگر دشمن آن‌ها را فاقد سازماندهی کامل ببیند، نه تنها نمی‌ترسد، بلکه در مال و جان و ... آن‌ها طمع می‌کند. وقتی

خداوند امر به قدرت‌سازی می‌کند، چون حکومت هم قدر متیقن و تجلی از قدرت همه‌جانبه می‌باشد و هم لازمه عقلی آن است (زیرا امر به شیء، امر به لوازم عقلی آن هم هست)، پس حکومت حضرت، مأمور به الهی است. در این راستا، خداوند فرامین مجزای قرآنی زیر را صادر می‌فرماید تا گام‌های لازم و استحکام‌بخش برای مأموریت الهی پیامبر ﷺ را فراهم سازد:

اول: آیاتی که پیامبر را صاحب اختیار بخش اقتصادی جامعه اسلامی می‌کند. این آیات در راستای ایجاد قدرت اقتصادی وی می‌باشد؛ مانند آیه: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ﴾ (انفال / ۱)؛ ای پیامبر از تو درباره غنائم جنگی می‌پرسند، بگو غنائم جنگی اختصاص به خدا و رسول او دارد.

آیات مربوط به دستور دریافت صدقه و زکات (توبه/ ۱۰۳) توسط پیامبر نیز در همین راستا می‌باشد.

دوم: آیات دال بر قدرت امر و اختیار پیامبر. یکی از مهم‌ترین راه‌های قدرتمندسازی در حکومت و سازوکارهای اجتماعی و سیاسی، این است که جامعه یا بخشی از افراد جامعه، اختیار تصمیم‌گیری در تمام یا بخشی از شئون خود را به شخصی خاص واگذار نمایند؛ زیرا اختیارداری و قدرت لازم و ملزوم یکدیگرند. در این راستا خداوند می‌فرماید:

۱- ﴿...الَّتِي أُولَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ﴾ (احزاب/ ۶)؛ پیامبر نسبت به مومنان از خودشان سزاوارتر است.

در این آیه، خداوند صراحتاً اختیارداری پیامبر را بر تمام مؤمنان و از همه جهات زندگی رسماً اعلام می‌فرماید، و این یعنی قدرت اختیار حضرت در همه شئون فردی و اجتماعی و از جمله، ولایت و سرپرستی (جوادی آملی، ۱۳۷۵: ۲/۲۳۸).

در آیه مذکور، چه کلمه «أولی» را به معنای سزاوارتر بگیریم و یا به معنای سرپرستی، در هر صورت حق اختیار به پیامبر داده شده است؛ زیرا اگر به معنای سزاوارتر بگیریم، یعنی به دلیل اطلاق آیه (زمخشری، ۱۳۹۲: ۳/۳۵۲)، اولویت حضرت در همه امور می‌باشد که سرپرستی جامعه هم از آن جمله است. اگر هم به معنای تعیین در سرپرستی بگیریم، معنا دیگر کاملاً واضح است. در هر صورت با این دستور، خداوند

قدرت اختیارداری امت را به پیامبر می‌دهد (قمی، ۱۴۰۴: ۱۷۵/۲). البته برخی کلمه «أولی» را به معنای اولویت بر صغار و مجانین گرفته‌اند (حائری، ۱۹۹۴: ۲۲۰)، که هم مخالف شأن نزول و هم مخالف روایات ذیل آیه و نظر غالب مفسران و از همه مهم‌تر بر خلاف اطلاق آیه است (قاضی‌زاده، ۱۳۸۴: ۱۲۸).

آیه دیگری که «قدرت» را به گونه‌ای در اختیار پیامبر قرار می‌دهد که هیچ کس دیگر، حتی حق اعتراض به تصمیم پیامبر را هم ندارد، عبارت است از:

۲- ﴿مَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ﴾ (احزاب/ ۳۶)؛ هیچ مرد و زن باایمانی حق ندارد هنگامی که خدا و پیامبرش امری را لازم می‌داند، اختیاری داشته باشد.

با توجه به اینکه در این آیه، «قضی» به خدا و پیامبر اسناد داده شده است و احتمال سه نوع قضا (قضای تکوینی، قضای داوری و تحکیم، قضای حکومتی و تشریح) در آن هست، با دقت در آیه مشخص می‌شود که قضای تکوینی موضوعیت ندارد؛ چون این کار، تمام‌عیار به دست خداست و نفی اختیارداری در آن برای بندگان، خلاف کلمه «مِنْ أَمْرِهِمْ» می‌باشد. از طرف دیگر، چون این «قضا» به خداوند هم نسبت داده شده، نمی‌تواند قضاوت و داوری بین مسلمانان منظور باشد؛ زیرا شأن خداوند بالاتر از این حرف‌هاست. پس فقط قضای تشریحی و حکومتی باقی می‌ماند که هم شامل امور فردی و هم جامعه می‌شود (طباطبایی، ۱۳۹۳: ۳۲۱/۱۶).

آیه بعدی دستوری است که در آن خداوند حق فرمان و دستور را به طور مطلق برای پیامبر، و لزوم اطاعت را برای مؤمنان مقرر می‌دارد؛ آنجا که می‌فرماید:

۳- ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾ (نساء/ ۵۹)؛ ای کسانی که ایمان آورده‌اید، خدا را اطاعت کنید و پیامبر و اولیای خود را اطاعت کنید. امام خمینی در این خصوص می‌گوید که پیامبر در خصوص اوامر الهی و قرآنی، از خود امری ندارد؛ بلکه صرفاً ابلاغ‌کننده آن می‌باشد. پس مراد از اوامر رسول، چیزی غیر از اوامر مولوی قرآنی خداست و منظور، دستورات شخص پیامبر است؛ مانند فرامین حکومتی و نظامی و... که مردم ملزم به اطاعت آن می‌باشند (موسوی خمینی، ۱۳۶۸: ۵۰). داشتن حق فرمان و امر، یکی از مظاهر قدرت پیامبر ﷺ است؛ خصوصاً زمانی که

خداوند نام رسمی و اقتداری ایشان یعنی «رسول» را می‌آورد که بیان‌کننده اتصال قدرت وی به قدرت خداست و اطاعت از او در ردیف اطاعت خدا آورده می‌شود. روایات فراوانی هم که صراحتاً یا تلویحاً دستورات حکومتی و یا شاخص‌های حکومت اسلام و نیز ویژگی‌های امام مسلمانان را بیان می‌کنند، اگر نگوییم همه آن‌ها دلیل بر الزام شرعی حکومت نبوی هستند، حداقل مؤیدات غیر قابل انکار حکومت الهی حضرت می‌باشند. روایت صحیح و صریح و بلند امام رضا علیه السلام یکی از مهم‌ترین آن‌هاست که می‌فرماید:

«خدا حدود و قوانینی برای زندگی بشر تعیین فرموده و به مردم فرمان داده است که از آن حدود و قوانین تجاوز نکنند؛ چون فساد و تباهی برای آنان به ارمغان می‌آورد. اجرای این قوانین و رعایت حدود شرعی محقق نمی‌شود، مگر آنکه خداوند زمامداری امین برایشان بگمارد تا آنان را از تعدی از حدود و ارتکاب محرمات بازدارد... از این رو خداوند برای مردم سرپرستی تعیین فرموده است تا ایشان را از فساد و تباهی بازدارد و احکام و قوانین اسلام را در میان آن‌ها اقامه کند» (جوادی آملی، ۱۳۷۸: ۱۸۲).

حضرت در این روایت به چند نکته اشاره می‌فرماید: ۱- ضرورت اصل حکومت دینی و وجود قدرت؛ ۲- الزام شرعی بر اجرایی کردن قوانین الهی؛ ۳- انتصابی بودن حاکم در حکومت دینی؛ ۴- مساوی بودن فقدان قدرت دینی با فساد و تباهی و معطل ماندن دستورات الهی. در این بخش حضرت با ظرافت به شئون اجرایی، اجتماعی و دینی امام تصریح می‌کند و تعیین امام را لازمه حکمت خدا می‌داند.

نتیجه‌گیری

برای درک صحیح از سنت سیاسی پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم اسلام، دانستیم که باید نخست به این پرسش پاسخ داده شود که حکومت حضرت، نتیجه کدام یک از استلزامات سیاسی، عقلی و یا مأموریت الهی است. به طور کلی، گروهی از اندیشمندان آن را حاصل ضرورتی سیاسی، و گروهی دیگر محصول ضرورت عقلی دانسته و هر کدام با کارکردی متفاوت مبنای حکومت مدینه‌النبی را ترسیم نموده‌اند.

اما مقاله حاضر، نظام سیاسی حضرت را منبعث از اراده تشریعی الهی معرفی نموده

که حضرت به صورت مستقیم در قالب فرامین، به آن مأمور شده است؛ زیرا خداوند در آیه ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْحَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾ (انفال / ۶۰)، پیامبر ﷺ را مأمور آماده‌سازی و به دست گرفتن قدرت می‌نماید. مظهر و مصداق اصلی قدرت به اعتراف اندیشمندان علم سیاست، همانا حکومت است. هیمنه این قدرت به امر الهی باید در حدی باشد که بتواند از حیث کارایی، نه تنها هر نوع توطئه سیاسی، اقتصادی، نظامی و... دشمن را نابود سازد، بلکه جلال و شکوهش مانع از طراحی هر نوع دشمنی گردد و به اصطلاح امروزی، جنبه بازدارندگی داشته باشد؛ به همین دلیل فرمود: ﴿تُرْهِبُونَ بِهِ﴾. جغرافیای این قدرت، برابر است با جغرافیای عدو الله؛ یعنی منحصر در مدینه نیست. از حیث نوع و میزان قدرت نیز با تراز ﴿مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ﴾، استثنایی در آن شکل نگرفته است؛ زیرا کلمه «قوة» به صورت نکره آمده و از نظر ادبیاتی، فراگیری هر نوع قدرتی را شامل می‌شود. آیات دیگری که به پیامبر ﷺ حق فرمان بلامنازع می‌دهد یا او را صاحب اختیار امور مسلمانان یا اختیاردار امور اقتصادی اسلام می‌سازد، جملگی در راستای تحقق قدرت و تشکیل حکومت الهی نبوی است. پس حکومت نبوی، حاصل فرمان و اراده تشریحی خداوند است و بنفسه حکمی شرعی است که ضرورت‌های سیاسی و عقلی، مؤید آن می‌باشد.

کتاب‌شناسی

۱. ابن اثیر جزری، مجدالدین ابوالسعادات مبارک بن محمد، *النهاية في غريب الحديث والاثار*، چاپ چهارم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۵ ق.
۲. ابن هشام، ابومحمد عبدالملک بن هشام بن ایوب حمیری معافری بصری، *السيرة النبوية*، بیروت، دار الجیل، ۱۹۷۵ م.
۳. ارسطو، سیاست، ترجمه حمید عنایت، تهران، امیرکبیر، ۱۳۸۷ ش.
۴. بازرگان، مهدی، «مرز میان دین و سیاست»، *ماهنامه کیان*، سال چهارم، شماره ۲۱، شهریور و مهر ۱۳۷۳ ش.
۵. جوادی آملی، عبدالله، «نقد نقد»، *حکومت اسلامی*، شماره ۲، زمستان ۱۳۷۵ ش.
۶. همو، ولایت فقیه؛ ولایت فقاهت و عدالت، قم، اسراء، ۱۳۷۸ ش.
۷. جوز، ویلیام تامس، *خداوندان اندیشه سیاسی*، ترجمه علی رامین، تهران، انتشارات علمی فرهنگی، ۱۳۵۸ ش.
۸. حائری، مهدی، *حکمت و حکومت*، انگلستان، شادی، ۱۹۹۴ م.
۹. زمخشری، جارالله محمود بن عمر، *الکشاف عن حقائق غوامض التنزیل و عیون الاقاویل فی وجوه التأویل*، لبنان، دار الفکر، ۱۳۹۲ ق.
۱۰. طبرسی، ابومنصور احمد بن علی بن ابی طالب، متن و ترجمه کتاب *شریف احتجاج*، ترجمه بهزاد جعفری، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۸۱ ش.
۱۱. عبدالرزاق، علی، *اسلام و مبانی قدرت*، ترجمه امیر رضایی، تهران، قصیده سرا، ۱۳۸۰ ش.
۱۲. علامه حلّی، ابومنصور جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *کشف المراد فی شرح تجرید الاعتقاد*، ترجمه علی شیروانی، چاپ سوم، قم، دار العلم، ۱۳۸۸ ش.
۱۳. فخرالدین رازی، ابوعبدالله محمد بن عمر، *التفسیر الکبیر؛ مفاتیح الغیب*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۱ ق.
۱۴. فیرحی، داود، *قدرت، دانش و مشروعیت در اسلام*، چاپ سوم، تهران، نی، ۱۳۷۸ ش.
۱۵. قاضی زاده، کاظم، *سیاست و حکومت در قرآن*، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۴ ش.
۱۶. قمی، علی بن ابراهیم، *تفسیر القمی*، تحقیق سیدطیب موسوی جزایری، چاپ سوم، قم، دار الکتب، ۱۴۰۴ ق.
۱۷. ماوردی، علی بن محمد، *آیین حکمرانی*، ترجمه حسین صابری، تهران، انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۸۳ ش.
۱۸. مدنی، سیدجلال‌الدین، *مبانی و کلیات علوم سیاسی*، تهران، پایدار، ۱۳۷۲ ش.
۱۹. معرفت، محمدهادی، *ولایت فقیه*، قم، التمهید، ۱۳۷۷ ش.
۲۰. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *شئون و اختیارات ولی فقیه*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۹ ش.
۲۱. همو، ولایت فقیه، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۹۱ ش.

بررسی و نقد

نظریه شخصی انگاری تملک انفال و اموال عمومی

در فقه امامیه و حقوق ایران*

□ عبدالرضا اصغری^۱

□ مهدی علیزاده^۲

چکیده

ماهیت اختصاص انفال و چگونگی تملک آن‌ها در فقه و حقوق، نقش بسزایی در حفظ ثروت‌ها و اموال عمومی دارد. شرایط و مقتضیات زمان و مکان عصر غیبت به تدریج فقها را بر آن داشت تا با استدلال به برخی ادله، به سوی تعدیل ماهیت حاکمیتی انفال گرایش پیدا کنند و قائل به شخصی انگاری تملک افراد جامعه در بهره‌بری از انفال و اموال عمومی شوند و فتاوی آنان میل پیدا کند به اینکه برای تملک انفال در عصر غیبت، نیازی به اذن از فقیه جامع شرایط و حاکمیت اسلامی نیست. استمرار چنین روندی، اشکالات زیادی دارد و بدون توجه به نقش حکومتی و تمدنی فقه در زمان کنونی، پیامدهای نامطلوبی برای اجتماع ایجاد می‌شود و باعث از بین رفتن بسیاری از ثروت‌ها و اموال عمومی،

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۸/۱۲ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۲/۳.

این مقاله برگرفته از رساله دکتری است.

۱. استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی (نویسنده مسئول) (asghari@razavi.ac.ir).

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی (m12alizadeh@gmail.com).

تخریب فزاینده محیط زیست و ایجاد اختلال در نظام اجتماعی می‌گردد. این نوشتار کوشیده است تا بر پایه اسناد به روش توصیفی و تحلیلی، متن ادله گرایش فقها و مراجع به شخصی‌انگاری تملک انفال در عصر غیبت را تبیین و پیامدهای آن را بررسی کند و به استناد ادله‌ای مانند اصول مذهب، بنای عقلا، ماهیت انفال و احکام ثانوی، نظر مناسب با شرایط و اقتضائات عصر معاصر، یعنی مالکیت حاکمیتی انفال در عصر غیبت و ضرورت نیاز به اذن گرفتن از حاکمیت اسلامی و فقیه جامع شرایط در تملک انفال و اموال عمومی را همراه با مبانی و ادله آن ارائه دهد.

واژگان کلیدی: انفال، اموال عمومی، مباحات، مشترکات، مالکیت، احیا، حیازت.

مقدمه

ماهیت اختصاص انفال و چگونگی تملک آن‌ها در فقه و حقوق می‌تواند نقش بسزایی در حفظ ثروت‌ها و اموال عمومی، مانند زمین‌های موات، معادن، آب‌ها و جنگل‌ها و مراعات طبیعی، همچنین حراست از محیط زیست ایفا کند. استدلال‌ها و دیدگاه‌های مطرح درباره چگونگی تملک انفال، بیانگر آن است که این بحث فراز و فرودهای بسیاری را سپری کرده و با پیچیدگی‌ها و تحولات بسیاری مواجه شده است. از این رو، ضروری است تا چنین موضوعی با تحولات، شرایط و مقتضیات دنیای معاصر بررسی و پیامد نظرهای موجود در این باره به شایستگی تجزیه و تحلیل شود.

نظر فقها و مراجع امامیه در عصر غیبت به شخصی‌انگاری تملک انفال گرایش پیدا کرده است و به این نظر و فتوا متمایل شده‌اند که افراد جامعه می‌توانند حجم بسیاری از مصادیق اموال و ثروت‌های عمومی را با احیا و حیازت تملک کنند، بی‌آنکه نیازی به گرفتن اذن از فقیه جامع شرایط یا حاکم حکومت اسلامی داشته باشند. این نظریه با توجه به شرایط کنونی جای تأمل دارد و نقدهای بسیاری بر آن وارد می‌باشد.

از این رو، ضروری است تا دلایل و استدلال‌های چنین گرایشی را با توجه به شرایط و اقتضائات زمان کنونی تحلیل و پیامدهای آن را در شرایط حاضر بررسی کرد و لزوم بازگشت به همان مالکیت حاکمیتی انفال در زمان حضور و نیاز داشتن به اذن در

تملک انفال را تبیین کرد؛ چرا که پابندی به نظر شخصی انگاری تملک انفال و استمرار چنین روندی بدون توجه به نقش حکومتی و تمدنی فقه، پیامدهای نامطلوب فراوانی را برای اجتماع ایجاد می‌کند و باعث از بین رفتن بسیاری از ثروت‌ها و اموال عمومی، تخریب فزاینده محیط زیست و حتی ایجاد اختلال در نظام اجتماعی می‌گردد. حال آنکه موضوع چگونگی تملک و مالکیت انفال در عصر غیبت را به دلیل نبود نص معین می‌توان به نوعی منطقه‌الفراغ برشمرد؛ گستره‌ای که شریعت به فقیه جامع شرایط این اجازه را داده تا با توجه به نیازهای هر زمان و در نظر گرفتن ضوابط احکام اولیه و ثانویه، حکم و قانون متناسب با آن را برای آن‌ها وضع کند (صدر، ۱۴۲۵: ۳۷۹).

در این نوشتار تلاش می‌شود تا به روش کتابخانه‌ای و تحلیل متن بر پایه ادله و استدلال‌های فقهی و حقوقی بحث نظریه مشهور فقها و فتاوی مراجع معاصر درباره شخصی انگاری تملک انفال و اموال عمومی در حقوق ایران و فقه امامیه به اختصار تبیین گردد و گرایش فقها به تعدیل ماهیت حاکمیتی انفال در عصر غیبت و ادله و پیامدهای آن‌ها تحلیل و ارزیابی شود و بر پایه ادله و مبانی بیان‌شده، نظر متناسب با شرایط و اقتضائات کنونی، ماهیت حاکمیتی انفال و ضرورت اذن در تملک آن‌ها ارائه گردد.

۱. چگونگی اختصاص و تملک انفال در فقه امامیه

فقها تعاریف متعددی را برای انفال بیان کرده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۲: ۳۶۴/۱؛ نجفی، ۱۳۶۷: ۱۱۵/۱۶؛ موسوی خمینی، ۱۳۹۰: ۲۶۸/۱). این تعاریف با اندکی تفاوت، نزدیک به هم می‌باشند. تعریفی که از مجموع تعاریف فقها و احکام فقهی انفال می‌توان نتیجه گرفت این است که انفال عبارت از اموال منقول و غیر منقول بدون مالکی می‌باشد که شارع اداره آن‌ها را به عنوان اموال و ثروت‌های عمومی به حاکمیت جامعه اسلامی اختصاص داده است.

انفال بنا به چنین تعریفی، مصادیق بسیاری دارد و مباحات، مشترکات، مانند زمین‌های موات، بیابان‌ها، کوه‌ها، دره‌ها، آب‌ها، دریاها، معادن، معابر، خیابان‌ها، جاده‌ها، جنگل‌ها، مراتع و موارد دیگری همچون ارث بدون مالک، غنائم، متاجر، مساکن، قطایع و صفایا را شامل می‌شود.

ضروری است تا پیش از نقد نظر فقها و مراجع معاصر درباره شخصی انگاری تملک انفال، اموال و ثروت‌های عمومی در عصر غیبت، نخست به چگونگی مالکیت و تملک انفال در زمان حضور پیامبر ﷺ و امام معصوم علیه السلام به اختصار اشاره شود.

بررسی منطوق، قرینه‌های لفظیه و حالیه آیه نخست سوره انفال، دلالت بر این دارد که خداوند اختصاص داشتن انفال به اشخاص را نفی می‌کند و آن‌ها را به خدا و پیامبرش اختصاص می‌دهد. خداوند در این آیه خطاب به پیامبر ﷺ می‌فرماید: «درباره انفال از تو می‌پرسند؛ بگو: انفال برای خدا و پیامبر است...». دقت در این خطاب، گویای این می‌باشد که آیه با چنین پردازشی، چگونگی مالکیت انفال را تغییر داده و آن را از موضوعی شخصی به امری با ماهیت حاکمیتی مبدل ساخته است.

درباره تبیین اختصاص انفال به خدا و پیامبر و مالکیت حاکمیتی آن‌ها باید بیان کرد که مالکیت خدا بر همه چیز و در شمار آن‌ها انفال، بنا به دلایل متعدد، مالکیت حقیقی است و این مالکیت برای خداوند ولایت تصرف بالاصاله ایجاد می‌کند. بنابراین مقصود از اختصاص انفال به خداوند در این آیه به معنای ولایت در آن‌ها می‌باشد. فقها درباره مالکیت حقیقی خداوند بر اموال و در شمار آن‌ها انفال اتفاق دارند (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۲۳/۳؛ موسوی خویی، ۱۳۷۸: ۲۶/۱). دلیل آن را این گونه می‌توان بیان کرد که مالکیت خداوند بر اموال و در شمار آن‌ها انفال، نوع تام مالکیت، یعنی مالکیت حقیقی است؛ چرا که وجود و بقای ملک در مالکیت حقیقی وابسته به مالک است. رابطه بین مالک و ملک در این مالکیت، رابطه علت و معلولی است. مالک در این مالکیت بنا بر رابطه علیت، عامل ایجاد و بقای ملک است. او ملک را ایجاد می‌کند و بقای وی موجب بقای ملک می‌باشد و ملکی بدون مالک در چنین مالکیتی باقی نمی‌ماند.

درباره مقصود اختصاص انفال به پیامبر ﷺ نیز باید بیان کرد، با آنکه اطلاق مفاد آیه می‌تواند دلالت بر مالکیت شخصی حضرت نسبت به آن‌ها داشته باشد، اما روایات متعدد دیگری، مانند صحیحۀ بزنطی (حرّ عاملی، ۱۳۸۷: ۵۱۲/۹) یا روایت ابوعلی بن راشد (همان: ۵۲۷/۹) در این باره وجود دارد که گسترۀ چنین دلالتی را تخصیص می‌زند و آن را منصرف به مقام و منصب حضرت می‌سازد. بر پایه این روایات، انفال از پیامبر ﷺ به ورثه حضرت ارث نمی‌رسد، بلکه انفال پس از زندگانی حضرت به جانشین و قائم مقام

منصوب وی منتقل می‌گردد و در اختیار جانشین او قرار می‌گیرد. نتیجه اینکه این روایات بیانگر آن است که چنین اختصاصی، ملک شخصی حضرت نیست، بلکه اختصاص به منصب ایشان دارد. از این رو، انفال به حاکمیت و حکومت اسلامی تعلق دارد و پیامبر صلی الله علیه و آله به عنوان حاکم حکومت اسلامی، متولی اداره آن‌ها بنا به مصالح مسلمانان می‌باشد. خداوند با عطف اختصاص انفال به پیامبر صلی الله علیه و آله بر اختصاص آن‌ها به خودش، این ولایت را جعل کرده است. نتیجه اینکه همان طور که برای خداوند ولایت در انفال می‌باشد، برای پیامبر صلی الله علیه و آله نیز چنین است.

درباره سرنوشت چنین اختصاصی پس از پایان زندگانی پیامبر صلی الله علیه و آله نیز بر پایه ادله روایی باید بیان داشت که انفال پس از پایان زندگانی حضرت به امام قائم مقام او در هر عصر بنا به وجه امامت اختصاص دارد (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۳۸۷/۱: ۲۶۳/۱؛ محقق حلی، ۱۴۰۹: ۱۳۶/۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۳۶۴/۱؛ نجفی، ۱۳۶۷: ۱۱۵/۱۶؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۳۴۷؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۰۴: ۱۴۰۴/۹: ۵۹۷/۹).

پس انفال و اموال عمومی، مانند اراضی موات، معادن، آب‌ها، جنگل‌ها و مراتع بنا به نص چنین آیات و روایاتی در زمان حضور دارای ماهیت حاکمیتی است و به حکومت اسلامی تعلق دارد و پیامبر صلی الله علیه و آله و امام قائم مقام او در هر عصر به عنوان حاکم حکومت اسلامی، متولی اداره آن‌ها بنا به مصالح حکومت اسلامی است و کسی بدون اذن ایشان حق تصرف در آن‌ها را ندارد. مقصود از این اختصاص و چنین ماهیتی این است که پیامبر صلی الله علیه و آله و امام قائم مقام او در هر زمان دارای ولایت برای اداره و مدیریت انفال، ثروت‌ها و اموال عمومی می‌باشند و این ثروت‌ها و اموال را با رعایت مصالح همه افراد جامعه اداره و مدیریت می‌کنند.

بر پایه چنین ماهیتی، هیچ فردی از فرزندان حضرت و دیگران نصیبی در آن ندارند. حضرت در زمان حیاتش، آنچه صلاح بداند با آن انجام می‌دهد. هر گاه از دنیا برود و امام شایسته مقام وی در جایگاه او قرار گیرد، بین امضای تصمیم پیشین وی درباره انفال و نقض آن، اختیار دارد. جایز نیست کسی با امکان اذن گرفتن از امام، بدون اذن وی در آن تصرف کند (ابوصلاح حلبی، ۱۴۰۳: ۲۶۱). همچنین بیان شده که هر کس بدون اذن امام علیه السلام در انفال تصرف نماید، غاصب است و فواید و نمای حاصل از غصب برای امام می‌باشد (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۴۹۷/۱).

پس از آنکه ماهیت اختصاص انفال و اموال عمومی در زمان حضور مشخص شد، ضرورت دارد تا بحث ماهیت اختصاص انفال و چگونگی تملک آن‌ها در عصر غیبت بررسی گردد. اهمیت این بحث به دلیل آن است که موضوع غیبت امام معصوم علیه السلام باعث شده تا وضعیت ماهیت حاکمیتی اثبات شده در عصر حضور برای انفال، ثروت‌ها و اموال عمومی دچار ابهام گردد و وضعیت متصدی اداره، مدیریت و حفاظت از آن‌ها در عصر غیبت نامشخص شود. از سوی دیگر، افراد جامعه نیز در این عصر درباره بهره‌بری از انفال سرگردان و گرفتار تعارض شوند و نظام زندگانی آن‌ها در مواردی با اختلال مواجه گردد.

تعارض برای افراد از اینجا ایجاد می‌شود که انفال، مانند زمین‌های موات، معادن، جنگل‌ها و مراتع طبیعی، بنا به آنچه در قسمت پیشین گذشت، اختصاص به مقام امامت دارد و دارای ماهیت حاکمیتی می‌باشد. بنابراین برای تصرف در آن‌ها ضروری است که از حضرت اذن گرفته شود. از سوی دیگر، افراد جامعه در عصر غیبت نیاز دارند تا برای تأمین ضرورت‌های زندگی در انفال، مانند زمین‌های موات، معادن، آب‌ها، جنگل‌ها و مراتع طبیعی تصرف کنند؛ حال آنکه دسترسی به امام علیه السلام ندارند تا از او برای چنین تصرف‌هایی اذن بگیرند. بنابراین بین تکلیف گرفتن اذن تصرف و ضرورت تأمین نیازهای زندگانی از انفال و اموال عمومی دچار تحیر می‌شوند که چه باید انجام دهند.

شایان ذکر است که نص معینی در منابع فقه امامیه وجود ندارد تا ماهیت اختصاص و مالکیت انفال، ثروت‌ها و اموال عمومی در عصر غیبت، همچنین متصدی اداره، مدیریت و حفاظت را مشخص سازد. ابن ادریس در این باره بیان می‌کند که همه فقها تصریح کرده‌اند که نص معینی در این باره نیست. اگر دو خیر ضعیف قابل اعتنا وجود داشت، آن‌ها نمی‌گفتند که نص معینی درباره آن نیست (همان: ۴۹۹/۱).

نبود نص معین، فقها و مراجع را بر آن داشته است تا هر کدام از آن‌ها برای آنکه بتوانند چنین امری را تبیین و تعارض ایجاد شده برای مکلفان را برطرف سازند، بکوشند تا بر پایه اقتضائات دین، اصول مذهب، ادله عقلی و فقهی، نظری را ارائه دهند که موافق با احتیاط باشد. این امر موجب شده که رسالت فقها در این باره دشوار گردد و تبیین چنین اموری در عصر غیبت دارای پیچیدگی شود و در گذر زمان بر پایه

مقتضیات زمان و مکان، چنین سیر تحولاتی را تجربه کند. از این رو، آرای فقهای امامیه در این باره مختلف شود. عبارات بسیاری از فقها مؤید این مدعاست (همان؛ مفید، ۱۴۱۰: ۲۸۷؛ طوسی، ۱۳۹۰: ۲۰۰؛ نجفی، ۱۳۶۷: ۱۶/۱۲۴)؛ برای مثال بیان شده که گروهی از اصحاب ما درباره حق امام علیه السلام در زمان غیبت اختلاف کرده‌اند و هر گروهی از آنها در این باره بیانی دارند. اختلاف اصحاب ما به این دلیل است که الفاظ صریحی نیست تا در چنین مواردی به آن پناه برد؛ حال آنکه به مقتضای عقل و سنت قطعی درباره منع تصرف بدون اذن در مال دیگری، حفظ امانت‌های دیگران و بازگرداندن حقوق دلیل اقامه شده است (مفید، ۱۴۱۰: ۲۸۷).

افزون بر دلایل بیان‌شده، حاکمیت حکام غیر منطبق با موازین فقه امامیه و شرایط ناشی از حاکمیت آنها در عصر غیبت را نیز نباید نادیده گرفت. این موضوع را هم باید به عنوان دلیلی مهم در این باره بر دلایل بیان‌شده افزود. حاکمیت این گونه از حکام در بیشتر این دوره‌ها، بر زندگی شیعیان و تلاش‌های فقها تأثیر داشته و موجب گردیده است که تلاش آنها بیشتر مصروف به تبیین تکلیف شرعی شیعیان متناسب با چنین دوره‌هایی گردد و گستره آرای آنها در عصر غیبت بیشتر متناسب با شرایط حاکمیت بدون ولایت فقیه جامع شرایط باشد؛ حاکمیتی که چه بسا مخالف چنین ولایتی نیز بوده است. نتیجه اینکه وجود چنین عواملی باعث شده که درباره تبیین ماهیت اختصاص انفال و تصدی مدیریت و حفاظت از آنها در عصر غیبت دو دیدگاه فقهی زیر ایجاد شود:

۱-۱. نظریه شخصی انگاری انفال در عصر غیبت

مشهور نزدیک به اتفاق فقها مصادیق عمده انفال، مانند اراضی موات، آب‌ها، معادن، جنگل‌ها و مراتع را دارای ماهیت شخصی و غیر حاکمیتی دانسته و تنها برخی از مصادیق جزئی آنها، مانند مال مجهول‌المالک، مال بدون وارث، اموال گران‌بهای غیر غصبی پادشاهان محارب یا اموال غیر منقولی را که از کفار بدون جنگ گرفته شده است، دارای ماهیت حاکمیتی دانسته‌اند (طوسی، ۱۳۸۷: ۱/۲۶۳؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۲: ۱۸/۵؛ موسوی خویی، ۱۳۶۴: ۱/۳۶۴).

برای نمونه، محقق خویی در این باره بیان می‌دارد که ائمه علیهم السلام بنا به برخی روایات،

زمین‌های موات را برای احیاکنندگان آن‌ها حلال کرده‌اند. تمامی مردم اجازه دارند که در زمین‌های موات و آنچه مانند معادن، درختان و سنگ‌ها که در درون یا بر روی آن‌ها قرار دارد، تصرف کنند؛ اما دربارهٔ ارث بدون وارث، اموال گران‌بهای غیر غصبی پادشاهان محارب یا اموال غیر منقولی که از کفار بدون جنگ گرفته شده، بیان می‌کند که دلیلی بر اباحت و جواز تصرف در آن‌ها وجود ندارد. از این رو، تصرف در این‌ها و همچنین اموال دیگر امام عَلَيْهِ السَّلَامُ با ادعای اینکه آن‌ها از انفال می‌باشد و ائمه عَلَيْهِمُ السَّلَامُ انفال را برای شیعه مباح کرده‌اند، جایز نیست (موسوی خویی، ۱۳۶۴: ۳۶۴/۱).

این رویکرد تا زمان حاضر ادامه داشته است و اکنون نیز در کتاب‌های فتوایی مراجع معاصر که ملاک برای عمل بسیاری از مکلفان و مقلدان می‌باشد، دربارهٔ اراضی موات، آب‌ها، معادن، جنگل‌ها و مراتع، این فتواها وجود دارد. برخی از فتواهای مراجع معاصر در این باره چنین است که هر کس در عصر غیبت با قصد تملک، زمین مواتی را احیا و تبدیل به خانه، باغ، مزرعه و مانند آن کند یا چاه آبی را در زمین موات یا ملک خود حفر یا نهر آبی را احداث و آن را به آب‌های مباح متصل نماید یا معدنی زیرزمینی را حفاری کند و به کانی‌های آن برسد، مالک آن می‌شود، بی‌آنکه نیازی به اذن گرفتن در این باره باشد (موسوی خمینی، ۱۳۹۰: ۱۹۵/۲؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۳۴۵/۲؛ وحید خراسانی، ۱۳۹۲: ۱۷۳/۳؛ حسینی سیستانی، ۱۴۲۷: ۲۵۲/۲؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۱۳: ۳۴۵/۲).

بنا بر این نظر، بیشتر مصادیق مهم انفال و عمده‌ترین آن‌ها در زمان غیبت دارای ماهیت شخصی است و افراد جامعه برای بهره‌بری و تملک آن‌ها همانند عصر حضور، نیازی به اذن و اجازه از امام عَلَيْهِ السَّلَامُ یا نماینده وی ندارند و بنا به نیاز، میزان توانایی و صلاحدید خود می‌توانند از انفال بهره‌برند و آن‌ها را با احیا یا حیازت تملک کنند.

دلیل عمدهٔ این فقها برای مباح بودن تمام یا بعضی از انفال، مانند زمین‌های موات، آب‌ها، معادن، جنگل‌ها و مراتع، اخبار تحلیل است؛ اخباری مانند صحیح‌ه فضالة بن ایوب (حزعاملی، ۱۳۸۷: ۵۴۴/۹)، روایت یونس بن ظبیان یا معلی بن خنیس (همان: ۵۵۰/۹)، روایت نصری (همان: ۵۴۹/۹) و روایت ابوحمزه (همان: ۵۵۲/۹) که دلالت بر مباح و حلال بودن انفال برای شیعیان دارد. روایت یونس بن ظبیان یا معلی بن خنیس بیان می‌کند: «آنچه برای ماست، آن برای شیعه ماست» (همان: ۵۵۰/۹) یا روایت نصری بیان

می‌کند: «خدایا! ما آن را برای شیعیانمان حلال کردیم» (همان: ۵۴۹/۹). برخی فقها نیز حکمت وجود چنین تحلیلی در اخبار را طهارت مولد شیعیان و دوری آن‌ها از کسب در مکان غصبی برشمرده‌اند (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۶۳/۱؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۴۹۸/۱؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۲: ۱۸/۵).

این نظر فقهی که مصادیق عمده انفال، ثروت‌ها و اموال عمومی به ویژه زمین‌های موات، آب‌ها، معادن، جنگل‌ها و مراتع مباح و حلال است و افراد جامعه می‌توانند با احیا و حیازت بدون نیاز به اجازه و اذن، مالک آن‌ها گردند، موجب تعدیل ماهیت حاکمیتی زمان حضور انفال به ماهیت شخصی آن‌ها در عصر غیبت گردیده و باعث واگذاری حق تملک انفال و اموال عمومی با احیا و حیازت به افراد جامعه شده، بی‌آنکه نیازی به گرفتن اجازه و اذن از حاکمیت باشد.

به بیانی دیگر، بر پایه چنین نظری، حاکمیتی شرعی در عصر غیبت وجود ندارد تا متصدی نقش پیامبر ﷺ و امام علیؑ در مورد انفال، ثروت‌ها و اموال عمومی در این عصر شود. از این رو، افراد جامعه بدون نیاز به اذن حاکمیت می‌توانند زمین‌های موات را که جزء انفال و در شمار مباحات می‌باشد، به هر اندازه که مایل‌اند، احیا کنند و مالک شوند یا آنکه بدون نیاز به چنین اذنی، هر عدد چاه اعم از عمیق و غیر عمیق که بخواهند، حفر کنند و با مالکیت آن‌ها و بدون توجه به وضعیت ترسالی یا خشکسالی، هر میزان که بخواهند از آن‌ها آب استیصال کنند؛ چرا که این نوع از آب‌ها نیز در شمار انفال و مباحات می‌باشد. همچنین بدون نیاز به این اجازه می‌توانند به هر اندازه که بخواهند معدن استخراج کنند و با مالکیت بر آن‌ها، به هر اندازه که علاقه داشته باشند و بتوانند، بدون توجه به ضرورت‌ها و نیاز اجتماع از آن‌ها بهره‌برداری کنند. دیگر آنکه می‌توانند بدون نیاز به اجازه، از جنگل‌ها و مراتع که در شمار انفال و مشترکات می‌باشد، بهره‌بری داشته باشند؛ درختان جنگل‌ها را قطع و با حیازت، آن‌ها را تملک کنند یا دام‌های خود را به هر کیفیتی در جنگل‌ها و مراتع بچرانند.

این نظر شاید در گذشته با توجه به کمی جمعیت و فراوانی انفال و منابع طبیعی قابل تصور بوده و حتی در مواردی، سیاست تشویقی برای آبادانی و افزایش تولید کالاهای اساسی محسوب می‌شد، اما بی‌تردید با توجه به شرایط کنونی، پابندی به این نظر و استمرار

چنین روندی بدون توجه به نقش حکومتی و تمدنی فقه، پیامدهای نامطلوب فراوانی را برای اجتماع ایجاد می‌کند و باعث از بین رفتن بسیاری از ثروت‌ها و اموال عمومی، تخریب فزاینده محیط زیست و حتی ایجاد اختلال در نظام اجتماعی می‌گردد.

۲-۱. ضرورت وجود ماهیت حاکمیتی انفال در عصر غیبت

اقتضائات زیادی در شرایط کنونی وجود دارد که دلالت بر ضرورت نقد ادله نظریه مشهور فقها و مراجع درباره شخصی‌انگاری انفال، ثروت‌ها و اموال عمومی در عصر غیبت می‌کند. برخی از آن اقتضائات مانند افزایش روزافزون جمعیت، کاهش چشمگیر منابع طبیعی، مانند زمین‌ها، آب‌ها، معادن، جنگل‌ها و مراتع، بهره‌بری‌های بی‌رویه و نامتعارف از انفال، حفظ ثروت‌ها و اموال عمومی، حراست از محیط زیست، اهمیت وجود عدالت و تعادل در بهره‌بری افراد جامعه از این اموال، جلوگیری از دست‌اندازی سودجویان به ثروت‌ها و اموال عمومی و تخریب جبران‌ناپذیر محیط زیست در اثر زمین، کوه و جنگل‌خواری ایجاب می‌کند که بهره‌بری و تملک انفال در عصر غیبت نیز همانند زمان حضور باشد و نیاز به ماهیت حاکمیتی و اذن از متصدیان و نایبان آنها داشته باشد، نه اینکه دارای ماهیت شخصی گردد و افراد بتوانند هر طور که خود بخواهند و صلاح بدانند، از آنها بهره‌برداری نمایند و آنها را تملک کنند. ویژگی‌های این اموال و ثروت‌های عمومی می‌طلبد که بر پایه استدلال‌های فقهی و ویژگی‌های فقه حکومتی و تمدنی، دارای همان ماهیت حاکمیتی زمان حضور باشد و فقیه جامع شرایط به نیابت از امام علیه السلام بر مبنای مصالح عمومی نظام اجتماعی، تصدی اداره و مدیریت مربوط به بهره‌بری، تملک و حراست از آنها را بر عهده داشته باشد. دلایل و استدلال‌های فقهی متعدد زیر وجود دارد که می‌توان به آنها در این باره استناد کرد:

۱-۲-۱. موافق‌تر بودن ماهیت حاکمیتی انفال با اصول فقه و مذهب

هنگامی که مسئله غیبت رخ داد، به تدریج این اندیشه در بعضی پدیدار شد که حقوق امام علیه السلام مانند خمس در عصر غیبت برای شیعیان مباح می‌باشد. اکثر نزدیک به اتفاق فقها با این اندیشه که حقوق امام علیه السلام همچون خمس در زمان غیبت مباح است و افراد آزادانه مجازند تا در آنها تصرف و آنها را تملک کنند،

مخالفت کرده و از همان قرن‌های نخست فقاہت، آن را اندیشه‌ای نادرست دانسته‌اند. عمده استدلال آن‌ها این است که چنین تصرفی، تصرف بدون اذن قاطع در مال دیگری می‌باشد که خلاف دلایل فقهی و قواعد مسلم فقه است و نقیض احتیاط، حتی اصول مذهب می‌باشد (مفید، ۱۴۱۰: ۲۸۷؛ ابوصلاح حلبی، ۱۴۰۳: ۱۷۳؛ طوسی، ۱۳۹۰: ۲۰۰؛ نجفی، ۱۳۶۷: ۱۲۴/۱۶).

برای مثال، در نفی این اندیشه بیان شده که عمل به این نظر که حقوق امام علیه السلام در حال غیبت، جاری مجرای اباحه مناکح، متاجر و مساکن می‌باشد، جایز نیست و به آن التفات و توجه نمی‌شود؛ چرا که ضد دلیل و نقیض احتیاط و اصول مذهب می‌باشد و تصرف در مال دیگری بدون اذن قاطع است (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۴۹۸/۱).

پس از قائل شدن به نظر عدم اباحه حقوق امام علیه السلام در عصر غیبت، این بحث مطرح شد که چه شخصی این حقوق را ایفا و به آن پردازد. فقها با استدلال‌های فقهی مختلف اثبات کردند که فقیه جامع شرایط دارای چنین نیابتی می‌باشد؛ برای مثال، استدلال شده واجب است که با حق الله به طور مطلق بر حضرت واجب شده است، با غیبت از او ساقط نمی‌شود؛ اما به دلیل امر غیبت، واجب می‌باشد که فقیه مأمون از فقهای امامیه که نیابت حضرت در احکام را دارد، متولی آن باشد (محقق حلی، ۱۳۶۴: ۶۴۴) یا استدلال شده که مطابق ادله فقهی، فقیه مأمون وظیفه دارد که به امور مالی فرد غایب پردازد و حقوق بر عهده او را پرداخت کند. بنابراین همان طور که حقوق غایب را به نیابت از وی می‌پردازد، ادای حق بر عهده امام غایب علیه السلام نیز بر عهده او می‌باشد. وی بیان می‌کند که اگر شخصی غیر از فقیه مأمون، متولی چنین امری شود، ضامن می‌باشد (علامه حلی، ۱۴۱۲: ۳۵۵/۳). همچنین استدلال شده که مباشرت فقیه مأمون در تولیت امر خمس، موافق‌تر با اصول است (طباطبایی حائری، ۱۴۱۲: ۲۸۲/۵).

نتیجه اینکه همین بحث و استدلال‌ها را به دلیل نبود نص معین درباره تبیین ماهیت انفال در عصر غیبت می‌توان درباره تمام مصادیق انفال نیز مطرح کرد و با چنین استدلال‌هایی، تمام مصادیق انفال و در شمار آن‌ها زمین‌های موات، آب‌ها، معادن، جنگل‌ها و مراتع را دارای ماهیت حاکمیتی دانست و تصدی اداره آن‌ها را در عصر غیبت بر عهده فقیه جامع شرایط به نیابت از امام علیه السلام قرار داد تا وی بر پایه مصالح نظام

جامعه اسلامی آن‌ها را مدیریت کند. شرایط کنونی اموال و ثروت‌های عمومی، اقتضای چنین نظری و ضرورت اذن از سوی حاکمیت اسلامی و فقیه جامع شرایط به عنوان متصدی و مدیریت را دارد.

اخبار تحلیل موجود در این باره، بحث ماهیت شخصی انفال و نبود نیاز به اذن در تملک اموال عمومی را نیز می‌توان حمل بر زمان اضطرار یا تصرفات جزئی غیر مهم کرد و آن را راه حلی برای شرایط تعذر دانست؛ زمانی که شیعیان بنا به دلایل و شرایطی، دسترسی به امام علیه السلام، نماینده یا نایب حضرت ندارند.

بنابراین با این استدلال می‌توان ولایت تصرف نسبت به انفال در عصر غیبت را نخست مختص به فقیه مأمون دانست؛ آن فقیه جامع شرایطی که دارای دست باز، قدرت عمل و حاکمیت باشد. اگر چنین فقهی و چنین شرایطی وجود نداشته باشد تا وی متولی امر انفال و حقوق حضرت گردد، حالت اضطرار ایجاد می‌شود. در اینجا شخص بنا به اخبار تحلیل مکلف است تا برای پیشرفت امور، خودش بنا بر ترجیح، وظایف متولی را بر عهده گیرد و وظیفه دارد بر پایه شرع و اقتضانات احتیاط، حقوق امام علیه السلام را حفظ و ایفا کند.

۱-۲-۲. موافق بودن ماهیت حاکمیتی انفال با بنای عقلا

بررسی وضعیت ماهیت انفال، ثروت‌ها و اموال عمومی در جوامع مختلف به ویژه در سده‌های اخیر دلالت بر این دارد که ماهیت آن‌ها، ماهیتی حاکمیتی است و حاکمیت‌ها تصدی اداره و مدیریت چنین ثروت‌ها و اموالی را بر عهده دارند. ضرورت چنین ماهیت و تصدی در این جوامع بنای عقلاست. به بیانی دیگر، بنای عقلا این است که ثروت‌ها و اموال عمومی و در شمار آن‌ها، زمین‌های موات و متعلق‌های زمینی، دریایی و هوایی آن‌ها در همه حکومت‌ها و ملت‌های متفاوت، بی‌شک اختصاص به حاکمیت دارد. کشورهای دیگر، حتی شهروندان آن کشور بدون اذن حکومت آن، حق تجاوز یا تصرف مهم، مانند احیا در آن‌ها را ندارند.

گذشت که وضعیت ماهیت انفال زمان حضور در فقه امامیه، مؤید این بنای عقلایی است. همچنین بیان شد که مشهور فقها چنین بنایی را در عصر غیبت برای برخی

مصادیق انفال پذیرفته‌اند و آن‌ها را دارای ماهیت حاکمیتی می‌دانند و بر این نظرند که فقیه جامع شرایط به نیابت از امام علیه السلام عهده‌دار مسئولیت اداره و مدیریت می‌باشد. تنها بعضی از مصادیق انفال، مانند زمین‌های موات، آب‌ها، معادن، جنگل‌ها و مراتع را بنا به روایت تحلیل برای افراد جامعه مباح برشمرده‌اند. حال آنکه به نظر می‌رسد همان بنای عقلا در این موارد به ویژه در زمان حاضر نیز جریان دارد.

بنای عقلا در این باره به گونه‌ای دارای استحکام است که برخی فقها بر این نظرند که اسلام در چنین اموری، غیر از همان امر موجود در نزد عقلا، امر دیگری نیآورده است. بنای عقلا این است که زمین‌های موات، اموال بدون مالک و متعلق‌های زمینی، دریایی و هوایی آن‌ها در همه حکومت‌ها و ملت‌های متفاوت، بی‌شک اختصاص به حاکمیت دارد. کشورهای دیگر، حتی شهروندان آن کشور بدون اذن حکومت آن، حق تجاوز یا تصرف مهم، مانند احیا در آن‌ها را ندارند (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۶۶۴/۲).

با توجه به این امر، روایت تحلیل را نیز می‌توان حمل بر تصرف‌های جزئی غیر مهم یا زمان اضطرار کرد؛ زمانی که امام علیه السلام، منصوبان حضرت یا فقیهان جامع شرایط به عنوان نمایان او در عصر غیبت دارای قدرت و دست‌باز نباشند یا اینکه افراد در مناطق و شرایطی باشند که توانایی دسترسی به آن‌ها را نداشته باشند. همچنین می‌توان کیفیت اجرای آن‌ها را به فقیه جامع شرایط سپرد تا وی تبیین کند که تملک یا بهره‌برداری از آن‌ها چگونه باشد.

نتیجه اینکه با چنین استدلالی می‌توان تمام مصادیق انفال و در شمار آن‌ها زمین‌های موات، آب‌ها، معادن، جنگل‌ها و مراتع را دارای ماهیت حاکمیتی دانست و تصدی اداره آن‌ها را در عصر غیبت بر عهده فقیه جامع شرایط به نیابت از امام علیه السلام قرار داد تا وی بر پایه مصالح نظام جامعه اسلامی، آن‌ها را مدیریت کند. بنابراین همانند زمان حضور، کسی حق ندارد بدون اجازه فقیه جامع شرایط در آن‌ها تصرفات مهم کند و بدون اذن با احیا و حیات، آن‌ها را تملک کند.

۱-۲-۳. موافق بودن ماهیت حاکمیتی با ماهیت انفال

یکی دیگر از دلایلی که می‌توان درباره اثبات ماهیت حاکمیتی تمام مصادیق انفال

در عصر غیبت به آن استناد کرد، نفس ماهیت انفال و در شمار آن‌ها زمین‌های موات، آب‌ها، معادن، جنگل‌ها و مراتع است. انفال، ثروت‌ها و اموال عمومی بی‌تردید از مهم‌ترین منابع مالی و اقتصادی حکومت‌ها و در شمار آن‌ها، حکومت اسلامی در زمان حضور و غیبت محسوب می‌شود (صدر، ۱۴۲۵: ۴۳۵؛ منتظری، ۱۳۷۷: ۳۰۸).

این امر موجب می‌شود که این ثروت‌ها و اموال متعلق به حاکمیت باشند. وقتی چنین باشد، ماهیت حاکمیتی داشتن از لوازم چنین تعلقی است. از این رو، حاکمیت وظیفه دارد که از آن‌ها حفاظت نماید و فقیه جامع شرایط به نیابت از امام علیه السلام در عصر غیبت، عهده‌دار چنین وظیفه‌ای است. بحث دربارهٔ اخبار تحلیل نیز پیش از این گذشت.

۴-۲-۱. دلالت احکام ثانوی بر ماهیت حاکمیتی

بر فرض آنکه نتوان ماهیت حاکمیتی انفال در عصر غیبت را با احکام اولیه ثابت کرد، ضرورت شرایط کنونی، مانند افزایش روزافزون جمعیت، کاهش چشمگیر منابع طبیعی، بهره‌بری‌های بی‌رویه و نامتعارف از انفال، گسترش فزاینده دست‌اندازی سودجویانه به ثروت‌ها و اموال عمومی، تخریب‌های جبران‌ناپذیر محیط زیست در اثر زمین، کوه و جنگل‌خواری و اختلال نظام، این زمینه را فراهم کرده تا با استناد به احکام ثانویه، چنین ماهیتی را اثبات کرد.

آیه‌الله سیستانی در این باره چنین استدلال می‌کند که هر گاه احیای موات شخص بر خلاف بعضی مصالح عمومی باشد، ولی مسلمانان و مانند او بنا بر عناوین و احکام ثانویه از این احیا نهی می‌کند (حسینی سیستانی، ۱۴۲۷: ۲/۲۵۲).

نتیجه اینکه بنا بر چنین استدلال‌هایی، این نظر که تمام مصادیق انفال و در شمار آن‌ها زمین‌های موات، آب‌ها، معادن، جنگل‌ها و مراتع در عصر غیبت دارای ماهیت حاکمیتی باشد و فقیه جامع شرایط به نیابت از امام علیه السلام، دارای ولایت تصرف بر انفال، اموال و ثروت‌های عمومی گردد، با ادلهٔ نقلی، عقلی و بنای عقلا بسیار سازگارتر است و مناسب با احتیاط و اصول مسلم فقه و مذهب می‌باشد؛ به ویژه امروزه که حفاظت از زمین، آب، خاک، محیط زیست، منابع طبیعی، اموال و ثروت‌های عمومی، این همه دارای اهمیت گردیده است و یکی از ضرورت‌های زندگی اجتماعی بشر می‌باشد.

فقیه مأمون و جامع شرایط در عصر غیبت بنا به ولایت در تصرف و بر پایه حفظ مصالح عموم افراد جامعه حتی نسل‌های آینده، برنامه‌ریزی و قانون‌گذاری می‌کند تا اینکه چه میزان از آن‌ها جزء مباحات و چه مقدار از آن‌ها مشترکات باشد یا اینکه افراد چگونه با حفظ محیط زیست، از زمین‌های موات، آب‌ها، معادن، جنگل‌ها و مراتع برای نیازهای خود در امور زندگی، بهداشت، صنعت، دامپروری یا کشاورزی بهره ببرند.

اگر چنین فقهی و چنین شرایطی وجود نداشته باشد تا وی متولی امر انفال و حقوق حضرت گردد، حالت اضطرار ایجاد می‌شود. در اینجا شخص بنا به اخبار تحلیل مکلف است تا برای پیشرفت امور، خودش بنا بر ترجیح، وظایف متولی را بر عهده گیرد و وظیفه دارد بر پایه شرع و اقتضائات احتیاط، حقوق امام علیه السلام را حفظ و ایفا کند. بنا بر استدلال‌های بیان‌شده، ضرورت دارد که در نظریه مشهور فقها درباره شخصی‌انگاری انفال و همچنین فتاوی‌ای موجود مراجع در منابع فتوایی درباره امکان تملک بدون نیاز به اذن انفال، اموال و ثروت‌های عمومی با احیا و حیا و تجدد نظر کرد.

۲. چگونگی اختصاص و تملک انفال در حقوق ایران

بررسی‌ها و تحلیل‌های حقوقی اثبات می‌کند که قانون‌گذار ایران به پیروی از نظر مشهور فقهای امامیه، به شخصی‌انگاری تملک انفال و اموال عمومی گرایش داشته است؛ اما در دهه‌های اخیر به ویژه پس از دهه شصت، تغییر رویکرد داده و بر پایه شرایط و اقتضائات زمان حاضر، نظرش را درباره ماهیت اختصاص انفال، ثروت‌ها و اموال عمومی و چگونگی تملک آن‌ها به شدت دگرگون ساخته و کوشیده است تا برای حفظ ثروت‌ها و اموال عمومی، رعایت مصالح جامعه و بهره‌مندی بایسته نسل کنونی و نسل‌های آینده، قوانین جدیدی وضع کند و این اموال را بر خلاف گذشته، دارای ماهیت حاکمیتی نماید.

قانون اساسی، قانون مدنی، قوانین راجع به تشخیص زمین‌های موات، زمین‌های شهری، آب‌ها، معادن، جنگل‌ها و مراتع، عمده قوانینی است که می‌توان در این باره به آن‌ها استناد کرد. قانون‌گذار ایران در آن‌ها به مباحث انفال و چگونگی ماهیت اختصاص آن‌ها در حقوق ایران پرداخته است.

از این رو برای بررسی تبیین ماهیت اختصاص انفال در حقوق ایران و تغییر رویکرد قانون‌گذار ایران باید به مفاد چنین قوانینی استدلال کرد. هر کدام از این قوانین به استثنای قانون مدنی، به بررسی مصداق خاصی از مصادیق انفال اختصاص دارد. حال آنکه قانون مدنی در میان آن‌ها با قدمتی نود ساله، نخستین قانونی می‌باشد که به تنهایی مصادیق مختلف انفال به استثنای جنگل‌ها و مراتع را در بر گرفته و مباحث مختلف آن‌ها را بررسی کرده است. ماهیت اختصاص انفال و چگونگی تملک ثروت‌ها و اموال عمومی و سیر تحولات آن در حقوق ایران بر پایه مفاد این قوانین، به ترتیب زیر است:

۱-۲. شخصی‌انگاری انفال

قانون مدنی ایران بی‌آنکه نام و تعریفی از انفال بیان کند، اموال را در جلد اول خود به دو قسم اموال دارای مالک و بدون مالک تقسیم کرده است. پس از آن در ذیل قسم اموال بدون مالک، مباحث مربوط به انفال را با عناوین متعددی مانند مشترکات، مباحثات، اموال عمومی، اموال دولتی و اموال مجهول‌المالک بررسی کرده است (قانون مدنی، ۱۳۰۷؛ مواد ۲۳-۲۸، ۹۲ و ۱۴۰-۱۸۲).

بررسی و تحلیل مفاد قانون مدنی اثبات می‌کند که نظر نخست قانون‌گذار ایران درباره ماهیت اختصاص انفال به تبع نظر مشهور فقها، عرف و اقتضانات جاری در زمان گذشته، ماهیت شخصی‌انگاری انفال بوده است؛ یعنی قانون‌گذار به این مطلب گرایش داشته که افراد جامعه در بهره‌بری و تملک زمین‌های موات، آب‌ها، معادن، جنگل‌ها و مراتع آزاد بوده و نیازی نداشته‌اند تا از دولت یا نماینده وی برای بهره‌بری یا تملک اذن بگیرند. نتیجه اینکه آن‌ها می‌توانسته‌اند در هر زمان بنا به نیاز، میزان توانایی و صلاحدید خود از انفال بهره ببرند و آن‌ها را با احیا یا حیازت تملک کنند.

دلایل حقوقی متعددی مانند قوانین زیر، دلالت بر این امر می‌کند که قانون‌گذار ایران گرایش به چنین ماهیتی درباره جنگل‌ها و مراتع تا سال ۱۳۰۳، معادن تا سال ۱۳۳۶، آب‌ها تا سال ۱۳۴۷ و زمین‌های موات تا سال ۱۳۵۸ داشته است. عمده این دلایل به استثنای دلایل راجع به جنگل‌ها و مراتع، به قانون مدنی تعلق دارد؛ برای مثال، قانون‌گذار ایران در قانون مدنی تصریح دارد که اموال بدون مالک، مانند زمین‌های

موات که معطل افتاده و آبادی و کشت و زرع در آن‌ها نمی‌باشد، در شمار مباحات است و افراد جامعه می‌توانند مطابق مقررات این قانون و قوانین مخصوص به هر یک از آن‌ها، آن‌ها را تملک کنند یا از آن‌ها استفاده نمایند (همان: ماده ۲۷).

بررسی قانون مدنی و قوانین مخصوص به هر یک از آن‌ها نشان می‌دهد که تصرف در این اموال، همچنین تملک آن‌ها، نیازی به اذن گرفتن نداشته است؛ بلکه به صراحت بیان شده که هر کس قسمتی از زمین‌های موات و مباح را به قصد تملک احیا کند، مالک آن قسمت می‌شود (همان: ماده ۱۴۳).

دلیل دیگر در این باره، نظر قانون‌گذار ایران درباره بهره‌بری و تملک آب‌های مباح و بدون مالک است. قانون‌گذار به صراحت بیان می‌کند که هر کس در زمین مباح نهری بکند و به رودخانه متصل کند، آن نهر را احیا کرده و مالک آن می‌شود (همان: ماده ۱۴۸) یا در این باره تصریح می‌کند که هر کس حق دارد از نهرهای مباح، زمین‌های خود را آبیاری کند یا برای زمین، آسیاب و موارد دیگر مورد نیاز خود از آن نهر جدا کند (همان: ماده ۱۵۵).

وضعیت حقوقی ایران درباره بهره‌بری از جنگل‌ها و مراتع تا پیش از سال ۱۳۰۳ نیز همین گونه است؛ چرا که هیئت دولت در سال ۱۳۰۳، جنگل‌ها و مراتع را به عنوان اموال عمومی متعلق دولت دانست (تصویب‌نامه راجع به جنگل‌ها، مصوب ۱۳۰۳). افراد تا پیش از این تصویب‌نامه می‌توانستند بدون نیاز به اذن و اجازه، از آن‌ها بهره‌برداری کنند؛ مانند آنکه درختان یا شاخه‌های آن‌ها را قطع کنند و با حیازت مالک شوند یا اینکه دام‌های خود را در آن‌ها بچرانند.

نتیجه اینکه رویکرد و گرایش قانون‌گذار ایران درباره جنگل‌ها و مراتع تا سال ۱۳۰۳ و درباره زمین‌های موات، آب‌ها و معادن تا دهه‌های اخیر، دال بر ماهیت شخصی انفال بوده است. این سیاست تقنینی قانون‌گذار ایران در پیش از این سال‌ها باعث شد که بیشتر انفال در شمار مباحات قرار گیرد و افراد جامعه بتوانند بدون نیاز به گرفتن اذن از حکومت، بر پایه برخی مقررات، اقدام به احیا و حیازت انفال نمایند و آن‌ها را تملک کنند. بر این مبنای احیا و حیازت در قانون مدنی، نخستین سبب از اسباب چهارگانه مالکیت برشمرده شد (همان: ماده ۱۴۰).

۲-۲. گرایش به ماهیت حاکمیتی انفال

پیرو شرایط و اقتضائاتی که بیان شد، سیاست تقنینی قانون‌گذار ایران نیز در دهه‌های اخیر تغییر پیدا کرد و ماهیت شخصی، متمایل به ماهیت حاکمیتی انفال گردید. این شرایط و اقتضائات باعث شد که رویکرد قانون‌گذار ایران برای حفظ ثروت‌ها و اموال عمومی، رعایت مصالح جامعه و بهره‌مندی بایسته نسل کنونی و نسل‌های آینده، درباره اموال عمومی یا انفال به شدت دگرگون گردد و تلاش کند تا با وضع قوانین جدید، ماهیت عمومی و حاکمیتی انفال تقویت و پررنگ‌تر از گذشته شود.

دلیل اثبات چنین گرایشی در حقوق ایران، این است که بنا بر استدلال‌هایی که خواهد آمد، ثروت‌ها و اموال عمومی تا حد ممکن از گستره مباحات خارج شده و در شمار اموال ملی و مشترکات عمومی قرار گرفته و بهره‌بری و تملک بدون اجازه آن‌ها از طرف افراد یا نهادها با اموری مانند احیا و حیات، ممنوع گردیده است. این رویکرد تا بدانجا پیش رفته که تقریباً دیگر مال مباحی را نمی‌توان یافت که بتوان آن را بدون اذن، بهره‌بری و تملک کرد (صفایی، ۱۳۸۸: ۱۴۸).

دلایل و استدلال‌های حقوقی متعددی وجود دارد که دلالت بر تغییر گرایش قانون‌گذار ایران از وضعیت شخصی‌انگاری انفال، ثروت‌ها و اموال عمومی، به ماهیت حاکمیتی آن‌ها دارد. برخی از این دلایل و استدلال‌ها عبارت‌اند از:

۲-۲-۱. ملی شدن جنگل‌ها و مراتع

تغییر گرایش قانون‌گذار ایران به ماهیت حاکمیتی انفال، با ملی شدن جنگل‌ها و مراتع به عنوان نخستین اقدام در سال ۱۳۰۳ آغاز شد. هیئت وزیران وقت در زمانی که مجلس شورای ملی منحل شده بود، به پیشنهاد وزارت فلاح، تجارت و فوائد عامه آن زمان، تمام جنگل‌ها را به جز آن‌هایی که دارای اسناد و مدارک معتبر مالکیت خصوصی بود، به عنوان ثروت‌های ملی متعلق به دولت دانست و نظارت بر حفظ و ازدیاد جنگل‌ها، همچنین اداره جنگل‌ها و تعیین دستورالعمل‌های لازم درباره قطع درختان را بر عهده وزارت فلاح گذاشت (تصویب‌نامه راجع به جنگل‌ها، مصوب ۱۳۰۳).

این وضعیت حقوقی درباره جنگل‌ها و مراتع ادامه یافت تا اینکه در سال ۱۳۴۱،

تمامی جنگل‌ها و مراتع به موجب تصویب‌نامه قانون ملی شدن جنگل‌های کشور، ملی اعلام گردید و حفظ، احیا، توسعه و بهره‌برداری از آن‌ها بر عهده سازمان جنگلبانی قرار گرفت. ماده ۱ آن بیان می‌کند:

«از تاریخ تصویب این تصویب‌نامه قانونی، عرصه و اعیانی کلیه جنگل‌ها و مراتع و بیشه‌های طبیعی و اراضی جنگلی کشور، جزء اموال عمومی محسوب و متعلق به دولت است، ولو اینکه قبل از این تاریخ، افراد آن را متصرف شده و سند مالکیت گرفته باشند».

درباره شیوه ملی کردن جنگل‌ها و مراتع، اشکالاتی وجود دارد؛ اما اصل چنین اقدامی، امری پذیرفته و لازم است.

قانون اساسی سال ۱۳۵۸ نیز بر ملی بودن جنگل و مراتع پس از پیروزی انقلاب اسلامی تصریح و تأکید دارد. مطابق اصل ۴۵ این قانون، جنگل‌ها، نزارها، بیشه‌های طبیعی و مراتع به عنوان انفال و ثروت‌های عمومی در اختیار حکومت اسلامی است و طبق مصالح عامه از آن‌ها بهره‌برداری می‌شود.

۲-۲-۲. ملی شدن آب‌ها

قانون‌گذار ایران پس از جنگل‌ها و مراتع، اقدام به ملی کردن آب‌ها کرد. وی با تصویب قانون آب و نحوه ملی شدن آن‌ها در سال ۱۳۴۷، تمامی آب‌ها اعم از سطحی و زیرزمینی را از شمار مباحات خارج کرد و آن‌ها را متعلق به دولت دانست و شیوه تقسیم و بهره‌برداری از آن‌ها را بر عهده وزارت آب و برق وقت قرار داد.

قانون اساسی پس از انقلاب اسلامی بر ملی بودن آب‌ها تصریح دارد و اصل ۴۵ آن بیان می‌کند که دریاها، دریاچه‌ها، رودخانه‌ها و سایر آب‌های عمومی در اختیار حکومت اسلامی است تا بر طبق مصالح عام نسبت به آن‌ها عمل کند.

پس از قانون اساسی ۱۳۵۸، قوانین موضوعه مختلفی مانند قانون توزیع عادلانه آب ۱۳۶۱ به تصویب رسیده که دلالت بر چگونگی جزئیات چنین موضوعی دارد. ماده ۱ قانون توزیع عادلانه آب در این باره بیان می‌کند:

«بر اساس اصل ۴۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، آب‌های دریاها و آب‌های جاری در رودها و انهار طبیعی و دره‌ها و هر مسیر طبیعی دیگر، اعم از سطحی و زیرزمینی و سیلاب‌ها و فاضلاب‌ها و زه‌آب‌ها و دریاچه‌ها و مرداب‌ها و برکه‌های

طبیعی و چشمه‌سارها و آب‌های معدنی و منابع آب‌های زیرزمینی، از مشترکات بوده و در اختیار حکومت اسلامی است و طبق مصالح عامه از آن‌ها بهره‌برداری می‌شود. مسئولیت حفظ و اجازه و نظارت بر بهره‌برداری از آن‌ها به دولت محول می‌شود».

۲-۲-۳. ملی شدن زمین‌های موات

زمین‌های موات بنا بر اصل ۴۵ قانون اساسی ۱۳۵۸ به عنوان انفال و ثروت‌های عمومی در اختیار حکومت اسلامی است. علاوه بر آن، قوانین عادی دیگری مانند قانون زمین شهری ۱۳۶۶ وجود دارد که دلالت بر چنین امری می‌کند. ماده ۶ این قانون عادی بیان می‌کند:

«کلیه زمین‌های موات شهری، اعم از آنکه در اختیار اشخاص یا بنیادها و نهادهای انقلابی دولتی و یا غیر دولتی باشد، در اختیار دولت جمهوری اسلامی است و اسناد و مدارک مالکیت گذشته، ارزش قانونی ندارد. ادارات ثبت اسناد و املاک مکلف‌اند به درخواست وزارت مسکن و شهرسازی، اسناد آن‌ها را به نام دولت صادر نمایند، مگر آنکه از تاریخ ۱۳۵۷/۱۱/۲۲ توسط دولت واگذار شده باشد».

۲-۲-۴. ملی شدن معادن

قانون‌گذار ایران از سال ۱۳۳۶ به بعد، اقدام به قانون‌گذاری در جهت ملی کردن معادن کرد. قانون اساسی ۱۳۵۸ در اصل ۴۵، تصریح می‌کند که معادن به عنوان انفال و ثروت‌های عمومی، دارای ماهیت ملی و در اختیار حکومت اسلامی می‌باشد.

قانون معادن سال ۱۳۷۷، تمام طبقات چهارگانه معادن را خارج از مباحات برمی‌شمارد و آن‌ها را ملی و متعلق به حکومت می‌داند. ماده ۲ این قانون بیان می‌کند:

«... در اجرای اصول چهل و چهارم و چهل و پنجم قانون اساسی، مسئولیت اعمال حاکمیت دولت بر معادن کشور و حفظ ذخایر معدنی و نیز صدور اجازه انجام فعالیت‌های معدنی مقرر در این قانون و نظارت بر امور مزبور و فراهم آوردن موجبات توسعه فعالیت‌های معدنی، دستیابی به ارزش افزوده مواد خام معدنی، توسعه صادرات مواد معدنی با ارزش افزوده، ایجاد اشتغال در این بخش و نیز افزایش سهم بخش معدن در توسعه اقتصادی و اجتماعی کشور به عهده وزارت معادن و فلزات می‌باشد. اعمال حاکمیت مذکور در این ماده نمی‌تواند مانع اعمال مالکیت اشخاص حقیقی و حقوقی در محدوده مقررات باشد».

این دلایل و استدلال‌های دیگر، حاکی از آن است که رویکرد و گرایش قانون‌گذار ایران دربارهٔ انفال، ثروت‌ها و اموال عمومی تغییر پیدا کرده و بنا به اقتضائات بیان‌شده، دارای ماهیت حاکمیتی گردیده است. نتیجه اینکه انفال در حقوق کنونی ایران، به حکومت اختصاص پیدا کرده و ادارهٔ بهره‌بری آن‌ها بر عهدهٔ حکومت می‌باشد. سیر تحولات قانون‌گذاری در ایران گویای این واقعیت نیز می‌باشد که افراد دیگر نمی‌توانند بدون اذن حاکمیت در آن‌ها تصرف‌های مهم کنند و با احیا و حیات آن‌ها را تملک نمایند.

دربارهٔ اینکه مفهوم ماهیت این اختصاص و کیفیت آن چگونه می‌باشد، پیش از این در ماهیت اختصاص انفال در زمان حضور پیامبر ﷺ و امام علیؑ بحث و بررسی شد. بسیاری از آن مباحث، در اینجا نیز کاربرد و جریان دارد. از این رو، از تکرار آن‌ها پرهیز می‌شود و به اختصار در این باره اشاره می‌گردد که همان احتمال‌های مختلف، دربارهٔ ماهیت اختصاص انفال به حاکمیت در حقوق ایران نیز وجود دارد. بررسی و تحلیل قوانین بیان‌شده، همچنین توجه به استدلال‌های فقهی مطرح‌شده دربارهٔ بحث مالکیت انفال در زمان حضور، مشخص می‌سازد که مقصود از اختصاص داشتن انفال یا ثروت‌ها و اموال عمومی به حاکمیت و دولت در حقوق ایران، مالکیت حقیقی یا مالکیت شخصی نیست، بلکه همان ولایت بر آن‌ها در جهت اداره و مدیریت آن‌ها به نفع مصالح عموم افراد و جامعه می‌باشد؛ ولایتی که حکومت اسلامی بر پایهٔ آن، متولی اداره و مدیریت بهره‌بری از آن‌ها می‌شود و انفال و ثروت‌های عمومی در اختیار حکومت اسلامی قرار می‌گیرد تا بر طبق مصالح عامه نسبت به آن‌ها عمل شود.

قانون‌گذار ایران توانایی و اقتضائات لازم برای اینکه بتواند مالکیت حقیقی را برای حاکمیت و ارکان‌های حکومتی اراده وضع کند، ندارد؛ چرا که این نوع مالکیت با تفصیلی که گذشت، عبارت از رابطهٔ علت و معلولی بین مالک و ملک می‌باشد و قانون‌گذار ایران توانایی ایجاد چنین رابطه و در نتیجه مالکیتی را ندارد.

تصور اعتبار مالکیت به معنای تملیک شخصی این اموال به حکومت، دولت یا شخص دارندهٔ سمت حکومتی، به گونه‌ای که ملک وی باشد و ورثهٔ او آن را ارث ببرد، نیز بر پایهٔ منطوق و مفهوم قوانین، تصور صحیحی نیست. وجود نص‌های صریح قانونی

در این باره، صحت چنین فرضی را ناممکن می‌کند؛ چرا که مطابق مواد قوانین بیان‌شده، قانون‌گذار چنین مالکیتی را اراده نکرده است و حتی تصریح دارد که انفال و ثروت‌های عمومی در اختیار حکومت اسلامی است تا بر طبق مصالح عامه نسبت به آن‌ها عمل شود (قانون اساسی، ۱۳۵۸: اصل ۴۵).

نتیجه اینکه قانون‌گذار ایران بنا به حیثیت تقییدی، این اموال را به حکومت، دولت و سمت حاکمیتی و دولتی اختصاص داده است. همان‌گونه که آن مقام پس از مدتی به شخص یا دولتی دیگر منتقل می‌شود، ولایت بر این اموال نیز همراه با آن مقام برای مدتی به وی منتقل می‌شود و سپس به مقام یا دولتی دیگر انتقال پیدا می‌کند. بنابراین این اموال به آن مقام و جایگاه اختصاص دارد و دارنده آن مقام به نمایندگی از حاکمیت و دولت، تنها ولایت تصرف در این اموال برای اداره در مصارف تعیین‌شده از سوی قانون‌گذار را دارد. پس این ثروت‌ها و اموال دارای ماهیت عمومی و حاکمیتی می‌باشد و شرایط پیچیده زندگی مدرن کنونی نیز ضرورت آن را در مقایسه با گذشته افزایش فزاینده‌ای داده است.

برخی حقوق‌دانان نیز به نحوی بر این نظر تصریح کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۶۹؛ صفایی، ۱۳۸۸: ۱۴۲)؛ برای مثال، کاتوزیان بیان می‌کند که دولت تنها از جهت ولایتی که بر عموم دارد، می‌تواند اموال و مشترکات عمومی را اداره کند (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۶۹).

نتیجه‌گیری

انفال و به بیانی دیگر ثروت‌ها و اموال عمومی، به اتفاق فقهای امامیه در زمان حضور دارای ماهیت حاکمیتی است و به پیامبر صلی الله علیه و آله و امام قائم مقام او در هر عصر اختصاص دارد و حضرت دارای ولایت بر آن‌ها می‌باشد و بنا به منافع مسلمانان، آن‌ها را اداره و مدیریت می‌کند و مسلمانان نیز برای در تصرف آن‌ها باید از امام عَلَيْهِ السَّلَام اذن داشته باشند. مشخص شد که ماهیت حاکمیتی انفال در عصر غیبت تعدیل پیدا کرده و مشهور نزدیک به اتفاق فقها و مراجع در این عصر بنا به دلایلی، گرایش به شخصی‌انگاری انفال پیدا کرده‌اند. بر پایه این گرایش، تمام یا بعضی از انفال، ثروت‌ها و اموال عمومی به ویژه زمین‌های موات، آب‌ها، معادن، جنگل‌ها و مراتع، بنا به اخبار تحلیل، مباح

گردیده و افراد جامعه می‌توانند با احیا و حیازت بدون نیاز به اجازه و اذن از حاکمیت، مالک آن‌ها گردند.

حال آنکه اقتضائات و ضرورت‌های زیادی در شرایط کنونی وجود دارد که دلالت بر لزوم نقد ادله نظریه شخصی انگاری انفال، ثروت‌ها و اموال عمومی می‌کند و دلالت بر این دارد که پابندی به این نظر و استمرار چنین روندی بدون توجه به نقش حکومتی و تمدنی فقه، پیامدهای نامطلوب فراوانی را برای اجتماع ایجاد می‌کند و باعث از بین رفتن بسیاری از ثروت‌ها و اموال عمومی، تخریب فزاینده محیط زیست و حتی ایجاد اختلال در نظام اجتماعی می‌گردد.

بنابراین بر پایه دلایل و استدلال‌های بیان‌شده، این نظر که تمام مصادیق انفال و در شمار آن‌ها زمین‌های موات، آب‌ها، معادن، جنگل‌ها و مراتع در عصر غیبت دارای ماهیت حاکمیتی باشد و فقیه جامع شرایط به نیابت از امام علیه السلام، دارای ولایت بر انفال، اموال و ثروت‌های عمومی گردد، با ادله نقلی، عقلی و بنای عقلا بسیار سازگارتر است و مناسب با احتیاط و اصول مسلم فقه و مذهب می‌باشد؛ به ویژه امروزه که حفاظت از زمین، آب، خاک، محیط زیست، منابع طبیعی، اموال و ثروت‌های عمومی، این همه دارای اهمیت گردیده است و یکی از ضرورت‌های زندگی اجتماعی بشر می‌باشد.

از این رو، فقیه مأمون و جامع شرایط بنا به ولایت و بر پایه حفظ مصالح عموم افراد جامعه حتی نسل‌های آینده، برنامه‌ریزی و قانون‌گذاری می‌کند تا اینکه چه میزان از آن‌ها جزء مباحات و چه مقدار از آن‌ها مشترکات باشد یا اینکه افراد چگونه با حفظ محیط زیست، از زمین‌های موات، آب‌ها، معادن، جنگل‌ها و مراتع برای نیازهای خود در امور زندگی، بهداشت، صنعت، دامپروری یا کشاورزی بهره ببرند.

اگر چنین فقهی و چنین شرایطی وجود نداشته باشد تا متولی امر انفال و حقوق حضرت گردد، حالت اضطرار ایجاد می‌شود. در اینجا شخص بنا به اخبار تحلیل مکلف است تا برای پیشرفت امور، خودش بنا بر ترجیح، وظایف متولی را بر عهده گیرد و وظیفه دارد بر پایه شرع و اقتضائات احتیاط، حقوق امام علیه السلام را حفظ و ایفا کند. این تغییر رویکرد در حقوق ایران، درباره تمام مصادیق انفال در دهه‌های اخیر به ویژه پس از دهه شصت رخ داده است. سیر تحولات حقوق ایران درباره انفال، گویای آن

است که قانون‌گذار ایران نظرش را در دهه‌های اخیر دربارهٔ انفال، ثروت‌ها و اموال عمومی به شدت دگرگون ساخته است. قانون‌گذار ایران کوشیده تا برای حفظ ثروت‌ها و اموال عمومی، رعایت مصالح جامعه و بهره‌مندی بایستهٔ نسل کنونی و نسل‌های آینده، قوانین جدیدی وضع کند و این اموال را بر خلاف گذشته، دارای ماهیت حاکمیتی و متعلق به حکومت بداند و حکومت وظیفه داشته باشد تا بهره‌بری از این ثروت‌ها و اموال عمومی را مدیریت نماید.

این نوشتار کوشید تا با تحلیل و استدلال اثبات کند که لازم است مباحث فقهی انفال، مباحثات و مشترکات، مطابق با اقتضائات کنونی متحول شود و آرای فقها به ویژه فتاوی‌ای مراجع معاصر موجود در کتاب‌های فتوایی آنان، که بسیاری از مکلفان و مقلدان بر پایهٔ آن‌ها عمل می‌کنند، دربارهٔ ماهیت انفال در عصر غیبت مورد بازنگری قرار گیرد و نسبت به آن‌ها تجدیدنظر شود؛ فتواییهایی مانند اینکه هر کس در عصر غیبت با قصد تملک، زمین مواتی را احیا و تبدیل به خانه، باغ، مزرعه و مانند آن کند یا چاه آبی را در زمین موات یا ملک خود حفر یا نهر آبی را احداث و آن را به آب‌های مباح متصل نماید یا معدن زیرزمینی‌ای را حفاری کند و به کانی‌های آن برسد، مالک آن می‌شود، بی‌آنکه نیازی به اذن گرفتن در این باره باشد. این فتاوا و بسیاری دیگر از این موارد که در بحث احیای موات و مشترکات بیان شده است.

همچنین بر پایهٔ این بازنگری و تجدیدنظر، دوگانگی و تعارضی که اکنون بین فقه و حقوق خودنمایی می‌کند، برطرف شود. این دوگانگی و تعارض عبارت است از اینکه افراد جامعه بنا به فتاوی‌ای بیان‌شدهٔ مراجع معاصر، از نظر شرعی می‌توانند با احیا و حیات بدون نیاز به گرفتن اذن و اجازه، انفال را تملک کنند؛ حال آنکه چنین موضوعی بر پایهٔ قوانین کنونی، غیر قانونی و ناممکن است.

کتاب شناسی

۱. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۲. ابوصلاح حلبی، تقی‌الدین بن نجم‌الدین، *الکافی فی الفقه*، تصحیح رضا استادی، اصفهان، مکتبه الامام امیرالمؤمنین علیه السلام، ۱۴۰۳ ق.
۳. انصاری، مرتضی بن محمد امین، *کتاب الخمس*، قم، لجنة تحقیق تراث الشیخ الاعظم، ۱۴۱۵ ق.
۴. *تصویب نامه راجع به جنگلها*، مصوب ۱۳۰۳.
۵. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۳۸۷ ق.
۶. حسینی سیستانی، سیدعلی، *منهاج الصالحین*، مشهد، دفتر آیه‌الله سیستانی، ۱۴۲۷ ق.
۷. صافی گلپایگانی، لطف‌الله، *هدایة العباد*، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۱۳ ق.
۸. صدر، سیدمحمدباقر، *اقتصادنا*، چاپ دوم، قم، بوستان کتاب، ۱۴۲۵ ق.
۹. صفایی، سیدحسین، *دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ اشخاص و اموال*، چاپ نهم، تهران، میزان، ۱۳۸۸ ش.
۱۰. طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمدعلی، *ریاض المسائل فی بیان احکام الشرع بالاسانل*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۲ ق.
۱۱. طباطبایی حکیم، سیدمحسن، *مستمسک العروة الوثقی*، چاپ چهارم، قم، کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ ق.
۱۲. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الامامیه*، چاپ سوم، تهران، المکتبه المرتضویه، ۱۳۸۷ ق.
۱۳. همو، *النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی*، بیروت، دار الکتاب العربی، ۱۳۹۰ ق.
۱۴. علامه حلی، ابومنصور جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۱۵. همو، *مختلف الشیعة فی احکام الشریعه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۲ ش.
۱۶. *قانون اساسی*، مصوب ۱۳۵۸ ش.
۱۷. *قانون زمین شهری*، مصوب ۱۳۶۶ ش.
۱۸. *قانون مدنی*، مصوب ۱۳۰۷ ش.
۱۹. *قانون معادن*، مصوب ۱۳۷۷ ش.
۲۰. کاتوزیان، ناصر، *دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ اموال و مالکیت*، چاپ هفدهم، تهران، میزان، ۱۳۸۶ ش.
۲۱. محقق حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن، *المعتبر فی شرح المختصر*، قم، مؤسسه سیدالشهداء علیه السلام العلمیه، ۱۳۶۴ ش.
۲۲. همو، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، چاپ دوم، تهران، استقلال، ۱۴۰۹ ق.
۲۳. مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری بغدادی، *المقنعه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۲۴. منتظری، حسین علی، *توضیح المسائل*، چاپ شانزدهم، تهران، تفکر، ۱۳۷۷ ش.
۲۵. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *تحریر الوسیله*، چاپ دوم، نجف، مطبعة الآداب، ۱۳۹۰ ق.
۲۶. همو، *کتاب البیع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.

۲۷. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، مستند العروة الوثقی؛ کتاب الخمس، قم، لطفی، ۱۳۶۴ ش.
 ۲۸. همو، مصباح الفقاهه، تقرير محمد علی توحیدی تبریزی، چاپ دوم، نجف، المكتبة الحیدریه، ۱۳۷۸ ق.
 ۲۹. همو، منهاج الصالحین، چاپ بیست و هشتم، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ ق.
 ۳۰. نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، تحقیق عباس قوچانی، چاپ سوم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷ ش.
 ۳۱. وحید خراسانی، حسین، منهاج الصالحین، قم، مدرسه امام باقر العلوم علیه السلام، ۱۳۹۲ ش.

نقدی فقهی به

رویکرد قانون مجازات اسلامی

پیرامون اقرار ورشکسته در دعاوی کیفری*

- روح‌اله اکرمی^۱
- عزیزالله فهیمی^۲

چکیده

از نظر فقهی و قانونی، تصرفات مالی افراد ورشکسته به جهت صیانت از حقوق طلبکاران نافذ نیست. اقرار به عنوان اخباری علیه شخص که می‌تواند آثار مالی به دنبال داشته باشد، چنانچه از سوی ورشکسته صورت گیرد، اعتبار آن به جهت تأثیری که در حق طلبکاران دارد، با چالش روبه‌رو است. در یک دعاوی کیفری، اقرار ممکن است نسبت به ضمان مالی ناشی از جرم صورت گیرد که قانون‌گذار مجازات اسلامی در ماده ۱۷۰، آن را بی‌اعتبار، و اگر ناظر بر مجازات باشد، نافذ دانسته شده است. در تحقیق حاضر با روشی تحلیلی و توصیفی، منابع فقه امامیه مورد بررسی قرار گرفته و این نتیجه حاصل شده است که اقرار ورشکسته نسبت به مقر، چه در امور کیفری و چه در ضمان مالی ناشی از جرم، معتبر است؛ اما نسبت به حقوق طلبکاران نیز هرچند اعتبار اقرار مستظهر به مبانی

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۴/۱۷ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۷/۹.

۱. دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه قم (نویسنده مسئول) (r.akrami@qom.ac.ir).

۲. دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه قم (a.fahimi@qom.ac.ir).

محکم‌تری است، اما مشهور فقها اصولاً آن را موجب مشارکت مقزله با طلبکاران در اموال موجود ورشکسته نمی‌دانند. همین حکم در خصوص اقرار مثبت مجازات‌های مالی نظیر دیه و جزای نقدی نیز جاری است، اما در خصوص ضمانت اجراهای کیفری غیر مالی، اثرگذاری اقرار با مانعی روبه‌رو نیست.

واژگان کلیدی: اقرار ورشکسته، حجر مفلس، ضمانت اجرای مالی، اثبات دعوی، فقه امامیه.

درآمد

در حقوق موضوعه کشور، قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در ماده ۱۷۰ برای نخستین بار حکم اقرار ورشکسته را در دعوای کیفری بیان نمود و در این راستا مقرر داشت:

«اقرار شخص سفیه که حکم حجر او صادر شده است، و شخص ورشکسته، نسبت به امور کیفری نافذ است، اما نسبت به ضمان مالی ناشی از جرم معتبر نیست».

در این ماده، مقنن اولاً حکم خود را ناظر بر «شخص ورشکسته» دانسته است، که در ادبیات حقوقی دارای مفهوم خاصی است و هر فردی را که توانایی پرداخت بدهی‌هایش را ندارد، در بر نمی‌گیرد؛ ثانیاً اثر اقرار ورشکسته را در دو قلمرو کیفری و ضمان مالی ناشی از جرم، متفاوت از یکدیگر دانسته است؛ ثالثاً به همسان‌انگاری احکام و آثار حقوقی مترتب بر اقرار ورشکسته و سفیه روی آورده است؛ مسائل سه‌گانه‌ای که اساس پژوهش حاضر را شکل داده‌اند.

مواضع مزبور در شرایطی است که در فقه به عنوان مبنای تقنین در نظام حقوقی کشور، اولاً این بحث ناظر بر «شخص مفلس» است که معنایی اعم از ورشکسته مصطلح در حقوق موضوعه دارد، در حالی که همه مصادیق ورشکسته حقوقی نیز با مفلس در فقه تطابق ندارند، ثانیاً قائل شدن به نفوذ اقرار ورشکسته در کلیه امور کیفری و عدم اعتبار آن در ضمان مالی ناشی از جرم از منظر فقهی جای درنگ دارد، و ثالثاً از آنجا که فلسفه حجر سفیه، حمایت از وی به خاطر نقصان عقلانی است، در حالی که حجر ورشکسته صرفاً به خاطر حمایت از حقوق طلبکاران می‌باشد و وی از نظر روانی

و سلامت عقلی اختلالی ندارد، در مصادر فقهی برخورد یکسانی با این دو حالت نشده است؛ به نحوی که به طور مثال فقها اقرار سقیه به جنایات غیر عمد را مثبت دیه نمی‌دانند، ولی در مورد اقرار مفلس و ورشکسته به گونه‌ای متفاوت فتوا داده و اقرار را معتبر می‌دانند و مبنای آن را بر همان نکته مبتنی نموده‌اند.^۱

به هر صورت، در نوشتار حاضر تلاش شده است تا بر اساس منابع و مبانی فقهی، موضوع اقرار ورشکسته در دعوای کیفری با روشی تحلیلی توصیفی مطالعه شود و میزان اتقان حکم قانون‌گذار مجازات اسلامی نسبت به مسائل پیش گفته به بحث گذاشته شود.

۱. ویژگی مقرر

ماده ۱۷۰ قانون مجازات اسلامی، حکم خویش را ناظر بر اقرار شخص ورشکسته نموده است. از این جهت لازم است ابتدا وضعیت ورشکسته در حقوق موضوعه مشخص شود تا در ادامه، میزان انطباق ترتب آثار حقوقی بر اقرار ورشکسته مورد نظر در حقوق با موازین فقهی سنجیده شود.

۱-۱. بررسی حقوقی

ماده ۱۷۰ قانون مجازات اسلامی، آثار مورد نظر را بر ورشکسته در معنای مطلق مترتب کرده است که شامل همه انواع ورشکستگی اعم از بدون تقصیر، به تقصیر و تقلب می‌باشد. ورشکستگی اصطلاحی حقوقی است که انحصار به تجار داشته^۲ و مطابق ماده ۴۱۲ قانون تجارت، «در نتیجه توقف از تأدیة وجوهی که بر عهده اوست،

۱. در این زمینه بیان شده است: «الشبه بالعمد الموجب لثبوت الدية... فثبت المال فی ذمته بإقراره بالقتل إذا كان الحجر لفلس؛ لأنَّ الحجر إنّما هو تحقُّلاً علی حقِّ الغرماء. وأمّا إذا كان الحجر لسفیه، فلا ینفذ إقراره؛ لأنَّ الحجر إنّما هو للمنع من التصرف المالیّ مطلقاً لأنّه غیر صالح للتصرف» (ترجینی عاملی، ۱۴۲۷: ۵۰۳/۹).

۲. مطابق ماده ۱ قانون تجارت، تاجر شخصی اعم از حقیقی یا حقوقی است که شغل معمولی خود را معاملات تجاری مذکور در ماده ۲ این قانون قرار داده است، به نحوی که در چارچوب مقررات، عملیات تجاری را به حساب خویش انجام می‌دهد. از این رو، معیار تاجر بودن شخص سه چیز است: اول، انجام معاملات تجاری؛ دوم، تکرار و استمرار این معاملات، به گونه‌ای که به صورت شغل معمولی شخص درآمد؛ سوم آنکه فعالیت تجاری را برای خود انجام دهد (عبدی پورفرد، ۱۳۹۳: ۱۳۱/۱).

حاصل می‌شود»، که مستند به ماده ۴۱۵ همین قانون متعاقب اظهار تاجر، تقاضای طلبکاران و نیز درخواست دادستان، از سوی دادگاه مورد حکم قرار می‌گیرد.

از آنجا که قانون، حکم اقرار شخص ورشکسته را مشخص نموده است، تعیین ابتدا و انتهای ورشکستگی لازم است. در خصوص آغاز ورشکستگی، قانون تجارت در ماده ۴۱۲ ثبوتاً تاجر را از تاریخ توقف از پرداخت بدهی‌ها، ورشکسته قلمداد نموده است و از این تاریخ به بعد، اقرار وی مشمول حکم ماده ۱۷۰ است تا وقتی که همچنان بر وی اطلاق ورشکسته می‌شود. در خصوص ضرورت صدور حکم ورشکستگی برای ترتب آثار حقوقی موضوع ماده ۱۷۰ ممکن است گفته شود با توجه به اینکه مقنن در مقام بیان بوده، به ویژه آنکه در مورد فراز نخست ماده که در خصوص سفیه است، حکم خویش را معلق بر صدور حکم حجر نموده است، ولی نسبت به ورشکسته سکوت کرده است، نتیجه گرفته می‌شود که چنین شرطی نیاز نیست. در پاسخ باید گفت که چون اصطلاح «ورشکسته»، ریشه در حقوق تجارت دارد، باید قواعد و مقررات آن شاخه حقوقی را در تفسیر به کار برد. در این راستا، قانون تجارت از نظر اثباتی در ماده ۴۱۵، حکم به ورشکستگی از سوی دادگاه را لازم دانسته است. بنابراین نمی‌توان سکوت ماده ۱۷۰ قانون مجازات اسلامی را حمل بر آن نمود که اقرار شخصی را که حکم ورشکستگی برای او صادر نشده است نیز مشمول آن ماده دانست. ممکن است جهت تقویت قول به عدم لزوم صدور حکم قضایی جهت بی‌اعتباری اقرار ورشکسته، مفاد ماده ۱۲۶۵ قانون مدنی مورد احتجاج قرار گیرد که اشعار می‌دارد:

«اقرار مدعی افلاس و ورشکستگی در امور راجعه به اموال خود به ملاحظه حفظ حقوق دیگران منشأ اثر نمی‌شود تا افلاس یا عدم افلاس او معین گردد».

حقوق دانان در تأیید این ضابطه بیان داشته‌اند در این فرضی که ادعای ورشکستگی صرفاً از سوی خود مقرر و نه دیگران مطرح شده است، اماره صدق اقرار به جهت احتمال ترجیح بعضی از طلبکاران و بیم تبانی مقرر با مقررله در راستای منافع خود و اضرار به طلبکاران، مبنای خود را از دست داده است (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱/۲۱۰). از این رو چه بسا گفته شود که مقنن در بی‌اعتباری اقرار ورشکسته، نیازی به صدور حکم ندیده است. در پاسخ باید گفت حکم ماده ۱۲۶۵ قانون مدنی، یک نوع تدبیر احتیاطی

جهت پیشگیری موقتی از اثرگذاری اقرار شخصی است که به واسطه ادعای خود در مظان ورشکستگی قرار دارد؛ اما قانون‌گذار همان‌طور که در فراز پایانی ماده تصریح نموده است، تعیین نهایی وضعیت اعتبار یا عدم اعتبار چنین اقراری را همچنان منوط به صدور حکم دادگاه کرده است که خود مؤید دیگری بر ضرورت اصدار حکم ورشکستگی است. از این رو چنانچه متهم پرونده کیفری که ادعای ورشکستگی دارد، به موضوع واجد آثار مالی اقرار نماید، چنانچه اقرار در تعیین تکلیف پرونده سرنوشت‌ساز باشد، مرجع قضایی کیفری باید با صدور قرار اناطه، منتظر تعیین وضعیت ورشکستگی متهم بماند.

ماحصل بحث آنکه حکم دادگاه از جهت اثبات قضایی توقف تاجر از پرداخت بدهی‌ها ضرورت دارد؛ وگرنه همان‌طور که گذشت، ثبوتاً زمان آغاز ورشکستگی، همان تاریخ توقف است و بنابراین اقرار تاجر از این زمان، مشمول ماده ۱۷۰ قانون مجازات اسلامی است. به همین جهت است که مواد ۴۱۵ و ۴۱۶ قانون تجارت، حکم ورشکستگی را کاشف از ورشکستگی واقعی تاجر از زمان توقف دانسته‌اند، و از این رو دادگاه باید در حکم خویش، تاریخ توقف تاجر را مشخص نماید؛ چه در غیر این صورت، همان تاریخ حکم، تاریخ توقف محسوب خواهد شد.

از تاریخ توقف تاجر از پرداخت بدهی‌ها، که به موجب حکم دادگاه مشخص می‌شود، تا زمان تأدیة بدهی‌ها یا تقسیم اموال تاجر ورشکسته و یا تصدیق قرارداد ارفاقی که با آن از حجر خارج شود، آثار حقوقی موضوع ماده ۱۷۰ قانون مجازات اسلامی بر اقرار او مترتب است. اکنون این سؤال مطرح می‌شود که چنانچه پس از تصدیق قرارداد ارفاقی و خروج تاجر از ورشکستگی، قرارداد مزبور به یکی از جهات قانونی مطرح در ماده ۴۹۲ قانون تجارت باطل شود، مانند اینکه کاشف به عمل آید که در میزان دارایی یا بدهی‌ها، حیلۀ ای به کار رفته و مقدار حقیقی بیان نشده است، آیا می‌توان اقرار تاجر در این دوره را نیز مشمول حکم ماده ۱۷۰ دانست؟ به نظر می‌رسد در این خصوص می‌توان از ملاک ماده ۵۰۰ قانون تجارت استفاده نمود که مقرر داشته است:

«معاملاتی که تاجر ورشکسته پس از صدور حکم راجع به تصدیق قرارداد ارفاقی تا صدور حکم بطلان یا فسخ قرارداد مزبور نموده، باطل نمی‌شود».

قانون‌گذار یک استثنا بر حکم مزبور وارد نموده است و آن جایی است که معامله اولاً به قصد اضرار بوده و ثانیاً به ضرر طلبکاران باشد. از این رو می‌توان گفت که اقرار شخص در فاصله تصدیق قرارداد ارفاقی و بطلان آن، معتبر است؛ مگر در جایی که مشخص شود این اقرار به منظور ایراد ضرر به طلبکاران صورت گرفته است.

۲-۱. بررسی فقهی

با توجه به ابتدای ماده ۱۷۰ قانون مجازات اسلامی در بی‌اعتباری اقرار شخص ورشکسته بر فقه امامیه، لازم است که مصادر فقهی در این زمینه ملاحظه شوند. فقها کلیت موضوع مزبور را تحت عنوان حجر مفلس در کتاب حجر مطرح نموده و مسئله اقرار مفلس را به طور خاص در بحث از شرایط مقرر در کتاب اقرار، و نیز ادله اثبات قتل و حد سرقت به ترتیب در کتب قصاص و حدود بیان کرده‌اند. منظور از مُفَلِّس، شخص بدهکاری است که به اندازه کافی اموالی در اختیار ندارد که بتواند با آن‌ها دیونش را ادا نماید و ممنوعیت تصرفات مالی وی، منوط به صدور حکم قضایی است که در صورت محکومیت به حجر عنوان «مُفَلِّس» بر او اطلاق می‌شود (محقق سبزواری، ۱۴۲۳: ۵۷۲/۱؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۷۸/۲۵). حجر مفلس مشروط به چهار شرط است: نخست آنکه بدهی‌های شخص نزد حاکم به اثبات برسد؛ دوم آنکه بدهی‌های مزبور حال بوده و موعد پرداختشان باشد؛ سوم آنکه اموال وی کمتر از بدهی‌ها باشد؛ چهارم آنکه طلبکاران از حاکم، تقاضای ممنوعیت تصرفات مالی او را بنمایند. با اجتماع چهار شرط مزبور، حجر مفلس محقق می‌شود^۱ (طوسی، ۱۳۸۷: ۲/۲۵۰؛ ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷: ۲۴۷؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۷۷/۲).

مطلب مهم آن است که رابطه میان مفلس در فقه و ورشکسته در حقوق، تساوی نیست تا بتوان حکم ماده ۱۷۰ قانون مجازات اسلامی را به طور دقیق همسو با مبانی فقهی دانست؛ چرا که عنوان ورشکستگی، نه مانع اغیار و نه جامع افراد معرف است.

۱. برخی فقها شرط پنجمی را تحت عنوان مدیونیت در زمره شرایط لازم برای حجر مفلس بیان داشته‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۶/۱۴)، که با توجه به شرط نخست که متفرع بر بدهکاری شخص است، نیازی به ذکر جداگانه چنین شرطی نیست.

۱-۲-۱. ایراد عدم مانعیت

برخی از شرایط حجر مفلس در ورشکسته مورد بحث در حقوق لزوماً وجود ندارد؛ لذا به تبع بی اعتبار دانستن اقرار کسانانی که فاقد این شرایط هستند، هرچند از نظر حقوقی در اطلاق ورشکسته بر آنها نتوان تردید نمود، از جهت فقهی محل اشکال است.

پیرامون شرط نقصان اموال مفلس نسبت به دیون وی باید گفت که از منظر فقهی، حجر مفلس مستلزم احراز کمتر بودن مجموع دارایی مثبت شخص از بدهی‌های اوست، که در این راستا معوضات دین و مطالبات شخص نیز در زمره دارایی او محاسبه می‌شود (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۷۷/۲؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۷۹/۲۵؛ اصفهانی، ۱۴۲۲: ۴۸۸). این در حالی است که از منظر قانون تجارت ما که مقتبس از کد تجارت فرانسه است، ملاک ورشکستگی آن است که تاجر از دارایی‌های سهل الوصول خویش نتواند دیونش را ادا نماید و از پرداخت متوقف شود (اسکینی، ۱۳۹۲: ۴۰). از این رو در حقوق همسو با آرای برخی از فقهای اهل سنت (نووی، بی تا: ۲۷۸/۱۳؛ عمرانی شافعی، ۱۴۲۱: ۱۴۱/۶)، مواردی چون مطالبات جزء، دارایی‌ای که مانع از حجر شود، محسوب نمی‌شود (دمرجیلی و دیگران، ۱۳۹۵: ۷۳۹)، و با وجود چنین دارایی‌ای شخص ممکن است ورشکسته شود، در حالی که از نظر فقهی نباید حجر ناشی از افلاس، شامل این حالت شود.

در خصوص شرط ضرورت درخواست طلبکاران از دادگاه جهت حکم به حجر نیز باید توجه داشت که مطابق ماده ۴۱۵ قانون تجارت، امکان صدور حکم ورشکستگی محدود به تقاضای طلبکاران نشده است و با تقاضای خود تاجر و نیز درخواست دادستان نیز متصور است. هرچند بتوان مشروعیت حکم به حجر در صورت تقاضای تاجر را به جهت قول اقلیتی از فقها (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۲۱/۱۴؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۲۴۰/۱۶) پذیرفت، ولی اصدار حکم متعاقب درخواست دادستان، در معرض ایراد فقهی بوده و در بین فقهای اسلامی قائلی ندارد (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۲۴۰/۱۶). از این رو ورشکسته به حکم متعاقب بر درخواست دادستان از نظر فقهی محجور نیست تا اقرار او در معرض آثار حقوقی موضوع ماده ۱۷۰ قانون مجازات اسلامی قرار گیرد.

۱-۲-۲. ایراد عدم جامعیت

برخی افراد از نظر فقهی، مصداق مفلسی هستند که در معرض حکم حجر قرار می‌گیرند، در حالی که به جهت آنکه برخی از شرایط حقوقی لازم در ورشکسته را ندارند، نمی‌توان آن‌ها را با توجه به ظاهر حکم ماده ۱۷۰ قانون مجازات اسلامی در معرض آثار ناظر بر اقرار موضوع آن ماده نمود.

برای نمونه، از نظر فقهی کمتر بودن دارایی فرد نسبت به بدهی‌هایش جهت صدور حکم حجر کفایت می‌کند و اینکه فرد بتواند با استقراض و استفاده از اعتبار تجاری خویش دیونش را بپردازد، مانع از افلاس او نخواهد بود. این در شرایطی است که از منظر قانون تجارت، ملاک ورشکستگی آن است که تاجر به هر طریقی هرچند استقراض بتواند دیونش را ادا نماید و از پرداخت متوقف شود. بنابراین چنانچه وی از طریق استقراض و تأدیه دیون با استفاده از اعتبار، جلوی توقف از تأدیه دیون را بگیرد، نمی‌توان حکم ورشکستگی او را صادر کرد (دمرچیلی و دیگران، ۱۳۹۵: ۷۳۹)؛ اما چنین موردی می‌تواند داخل در عنوان مفلس از نظر فقهی باشد.

با وجود آنچه بیان گردید، مهم‌ترین نکته در این قسمت آن است که حکم حجر در فقه، ناظر بر هر مستمندی است که اموالش کفاف دیونش را ننماید؛ اعم از آنکه شغل معمولی وی تجارت باشد یا خیر. این در حالی است که مطابق قانون تجارت، حکم ورشکستگی صرفاً متوجه تجار است. اکنون این سؤال مطرح می‌شود که آیا اقرار افراد غیر تاجر که بدهکاری آن‌ها بر دارایی‌شان پیشی گرفته است، مشمول ماده ۱۷۰ قانون مجازات اسلامی خواهد بود؟ در پاسخ به این سؤال، تدقیق در پیشینه حقوقی مسئله لازم است. قانون اصول محاکمات حقوقی مصوب ۱۲۹۰ برای نخستین بار در ماده ۳۰۴، حکم اقرار را در ارتباط با اشخاصی در معرض افلاس چنین مقرر داشت:

«اقرار مدعی افلاس در امور راجعه به اموال خود به ملاحظه حفظ حقوق دیگران، منشأ حکم نمی‌شود تا افلاس یا عدم افلاس او معین شود».

افلاس در این قانون، ناظر بر تجار نبود و متعاقباً قانون اعسار و افلاس و اصلاح قانون تسریع محاکمات مصوب ۱۳۱۰ در ماده ۲، مفلس را کسی می‌دانست که «دارایی

او برای پرداخت مخارج عدلیه و یا بدهی او کافی نیست»، که اگر این عجز مالی، موقت و ناشی از عدم دسترسی به اموال می‌بود، در ارتباط با هزینه‌های قضایی مطابق ماده ۱ همین قانون، مسئله اعسار مطرح می‌شد. در ماده ۳۴ همین قانون تصریح شده بود مقررات افلاس و اعسار منصرف از تجار بوده و در خصوص ایشان باید مطابق قانون تجارت، درخواست توقف و ورشکستگی داده شود. قانون افلاس و اعسار به موجب قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳ نسخ شد^۱ و دعوای اعسار به جای افلاس جایگزین شد که در معنایی اعم، هر دو دعوای اعسار و افلاس سابق را در بر می‌گرفت. مطابق ماده ۱ این قانون:

«معسر کسی است که به واسطه عدم کفایت دارایی یا عدم دسترسی به مال خود، قادر به تأدیه مخارج محاکمه یا دیون خود نباشد».

به رغم مقررات قانون اعسار، قانون‌گذار مدنی یک سال بعد در ۱۳۱۴ طی ماده ۱۲۶۴ مجدداً موضوع آثار حقوقی اقرار مفلس را در کنار ورشکسته مطرح نمود^۲ و چنین اقاری را نسبت به اموال خود بر ضرر دیان نافذ ندانست و در ماده ۱۲۶۵، حکم ماده ۳۰۴ قانون اصول محاکمات حقوقی را تکرار نمود. با وجود این، برخی حقوق‌دانان معتقدند:

«عنوان مفلس از موقعیت‌های حذف‌شده در حقوق کنونی است و معسر به جای آن قرار گرفته است و معسر اهلیت اقرار را از دست نمی‌دهد» (کانوزیان، ۱۳۸۷: ۷۶۳).

در پاسخ باید گفت با توجه به صراحت ۱۲۶۴ قانون مدنی که تا کنون نه به شکل صریح و نه ضمنی نسخ نشده است، اقرار مفلس مشمول همان آثار اقرار ورشکسته است و نمی‌توان مفلس و ورشکسته را مترادف دانست؛ زیرا قطع نظر از بلا دلیل بودن اعتبار چنین معنایی برای مفلس، ترتب حکم بر دو موضوع اقرار مفلس و ورشکسته که با او عاطفه با هم جمع شده‌اند، نشان از تفکیک معنایی مفلس از ورشکسته دارد و از طرفی، معنای مفلس را باید بر اساس قوانین سابق جستجو نمود که ناظر بر غیر تجاری است

۱. قانون مزبور نیز به نوبه خود در سال ۱۳۹۳ به موجب قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی صریحاً نسخ شده است.

۲. مواد ۱۲۰۷ تا ۱۳۳۵ قانون مدنی در سال ۱۳۱۴ به تصویب رسیده‌اند (در این باره ر. ک: ناینی، ۱۳۸۶: ۳۵).

که دارای شان کفاف بدهی‌هایشان را نمی‌دهد. اینکه قانون اعسار بر عدم پذیرش دعوای مستقلی با عنوان افلاس حکم نموده است نیز خللی بر این موضع وارد نمی‌کند؛ زیرا اولاً در این قانون، محتوای افلاس نفی نشده، بلکه با ادغام با دعوای اعسار در معنای مضیقی که در مقررات گذشته داشت، همچنان اعتبار خود را حفظ نموده است و ثانیاً همین که قانون متأخر مدنی به جای ترتب حکم بر معسر، آن را بر مفلس بار نموده است، قوی‌ترین دلیل بر آن است که قانون‌گذار صرفاً در صدد نافذ ندانستن اقرار بر مفلس و نه معسر در آن معنای اعم بوده است. تعریف مفلس نیز در پیشینه تقنینی کشور مشخص بوده و نسخ یک قانون مستلزم آن نیست که نتوان تعاریف آن را نسبت به برخی از اصطلاحات که در مقررات بعدی تکرار می‌شوند، معتبر دانست، مادام که قانون‌گذار تعریف جدیدی برای آن اصطلاح بیان نکرده باشد. از این رو در جمع‌بندی بحث کنونی باید گفت که به رغم سکوت ماده ۱۷۰ قانون مجازات اسلامی در مورد اقرار مفلس که در جای خود مورد اشکال است، با توجه به مبنای فقهی که دلالت بر وحدت ملاک تجار و غیر تجار از جهت عدم نفوذ اقرار بر ایشان در جایی که اموال آن‌ها کفایت دیونشان را ننماید، دارد، باید گفت موافق ماده ۱۲۶۴ قانون مدنی، اقرار مفلس نسبت به ضمان مالی ناشی از جرم نیز در حکم اقرار شخص ورشکسته است. البته با توجه به مبنای فقهی در این خصوص لازم است که حکم اعسار شخص به موجب قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی صادر شده باشد، هرچند حقیقتاً قانون‌گذار باید در راستای اسلامی‌سازی قوانین، این مسئله را با صراحت و به شکل واضح در قوانین پیش‌بینی نماید تا زمینه تشمت و تهافت در برداشت‌های حقوقی و قضایی نیز منتفی شود.

۲. قلمرو و آثار اقرار

محتوای اقرار در پرونده کیفری می‌تواند در یکی از دو قالب دعوای عمومی و خصوصی ناشی از جرم تصویر شود. در هر کدام از این حالات نیز ممکن است مقرّبه صبغه مالی داشته باشد یا خیر. توضیح آنکه گاه اقرار مثبت امری مالی است، مانند جزای نقدی در دعوای عمومی یا جبران خسارات یا رد مال در دعوای خصوصی ناشی

از جرم؛ متقابلاً گاه اقرار به موضوعی است که نتیجه غیر مالی را به دنبال دارد، نظیر حبس در دعوای عمومی و یا الزام به عذرخواهی یا درج حکم در جراید در چارچوب دعوای خصوصی ناشی از جرم.

قانون‌گذار در ماده ۱۷۰ قانون مجازات اسلامی، مورد اقرار را به دو قسمت امر کیفری و ضمان مالی ناشی از جرم تفکیک نموده و نسبت به موضوع نخست، اقرار را نافذ دانسته و نسبت به موضوع دوم آن را بی اعتبار شمرده است. اولاً این تقسیم دقیق نیست؛ زیرا از یکسو جامع نیست به نحوی که مقنن حکم موارد متضمن ضمانت اجراهای غیر کیفری که مشمول ضمان مالی ناشی از جرم نیستند، مانند طرق غیر مالی رفع زیان‌های معنوی موضوع تبصره ۱ ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری را مشخص نکرده است. از سوی دیگر، نسبت به ضمانت اجراهایی که واجد هر دو جنبه کیفری و ضمان مالی هستند، مانند دیه، حکم روشنی ندارد و به گونه‌ای که در ادامه اشاره خواهد شد، سبب اختلاف نظر نیز شده است. علاوه بر ایرادات مزبور، اطلاق عبارت امور کیفری در ماده ۱۷۰ قانون مجازات اسلامی، هر دو دسته مجازات‌های مالی و غیر مالی را در بر می‌گیرد که چنین اطلاقی نیز در جای خود از منظر فقهی محل بحث است.

اجمالاً باید گفت ملاک اصلی فقها در تحدید اثر اقرار ورشکسته و مفلس، دائرمدار مالی یا غیر مالی بودن مقرّبه است، به نحوی که اگر اقرار به امر غیر مالی باشد، اعم از آنکه صبغه کیفری داشته باشد، مانند قصاص و حدود، و یا جنبه جبران معنوی زیان‌های وارده را داشته باشد، مانند الزام به عذرخواهی، در اعتبار و نفوذ اقرار تردیدی نیست. از همین روست که فقها نه تنها در ارتباط با قصاص و حدود، اقرار را نافذ دانسته‌اند (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۲۷/۷؛ محقق حلّی، ۱۴۰۸: ۲۰۳/۲؛ علامه حلّی، ۱۴۱۴: ۳۲/۱۴؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۰۵/۴۲)، بلکه در بیانی اعم، اقرار مفلس را در کلیه امور غیر مالی مؤثر و کارا می‌دانند (جبعی عاملی، ۱۴۱۰: ۳۸۷/۶؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۱۲۸/۱۳). در تقویت این حکم می‌توان به عموم دلیل اقرار استناد نمود، که مانعی نه از جهت اهلیت مقرّ عاقل، بالغ و رشید وجود دارد و نه از حیث مورد اقرار؛ چون حجر ناشی از ورشکستگی صرفاً جنبه حمایت از حقوق مالی طلبکاران را دارد، لذا مانعی در نفوذ چنین اقاری نیست.

با وجود این در سه مورد، موضوع نیازمند بررسی دقیق‌تر است: ضمان مالی ناشی از جرم، امور کیفری دارای جنبه مالی نظیر جزای نقدی، و امور دارای هر دو جنبه کیفری و ضمان مالی مانند دیه. وجه اشتراک موضوعات مزبور، وجود صبغه مالی آنهاست که همین خصوصیت، سبب تردید در اعتبار اقرار ورشکسته به چنین موضوعاتی شده است. از این رو لازم است در ابتدا کلیت حجر ورشکسته در امور مالی تبیین شود، آنگاه به طور خاص حکم اقرار وی را در این قلمرو بررسی نماییم.

۱-۲. حجر ورشکسته در تصرفات مالی

مبنای اصلی بی‌اعتباری اقرار مفلس و ورشکسته، اقتضای حجر وی در راستای صیانت از حقوق طلبکاران است تا با مشارکت مقرّله با ایشان، وصول مطالبات ایشان محدود نشود. از این رو لازم است در آغاز، اصل وجاهت حجر ایشان در تصرفات مالی مشخص شود. در این خصوص باید گفت حجر مفلس مبتنی بر دو دلیل است؛ نخست برخی روایات که هیچ کدام بر این امر دلالتی ندارند و دوم اجماع که استناد به آن نیز محل اشکال است.

۱-۱-۲. روایات

جهت اثبات حجر مفلس، سه حدیث مورد استناد قرار گرفته است: نخست، روایت غیاث بن ابراهیم است که از نظر سندی معتبر است و از امام صادق علیه السلام و ایشان از پدر بزرگوارش چنین نقل می‌کند:

«أَنَّ عَلِيًّا عليه السلام كَانَ يَحْبِسُ فِي الدِّينِ، فَإِذَا تَبَيَّنَ لَهُ حَاجَةٌ وَإِفْلَاسٌ، خَلَّى سَبِيلَهُ حَتَّى يَسْتَفِيدَ مَالًا» (حز عاملی، ۱۴۰۹: ۴۱۸/۱۸).

مطابق این روایت، حضرت امیرالمؤمنین علیه السلام در قضیه بدهکاری، شخص را حبس می‌کرد؛ پس اگر نیازمندی و ناداری او مشخص می‌شد، رهایش می‌فرمود تا کسب مال کند. مشابه همین مضمون را نیز اصبع بن نباته از سیره حضرت امام علی علیه السلام نقل کرده است (همان: ۲۴۷/۲۷).

دوم، روایت سکونی از امام صادق علیه السلام است که ایشان از امام باقر علیه السلام نقل می‌کند که فرمود:

«أَنْ عَلِيًّا عَلَيْهِ السَّلَامُ كَانَ يَحْبِسُ فِي الدِّينِ، ثُمَّ يَنْظُرُ فَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ أُعْطِيَ الْغَرْمَاءَ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ، دَفَعَهُ إِلَى الْغَرْمَاءِ، فَيَقُولُ لَهُمْ اصْنَعُوا بِهِ مَا شِئْتُمْ، إِنْ شِئْتُمْ آجِرُوهُ وَإِنْ شِئْتُمْ اسْتَعْمَلُوهُ» (همان: ۴۱۹/۱۸).

در این روایت، شیوه برخورد حضرت امیرالمؤمنین علیه السلام با بدهکاران این گونه توصیف شده است که آن‌ها را حبس نموده و در مورد وضعیت مالی ایشان بررسی می‌فرمود؛ در صورت داشتن مال آن را به طلبکاران می‌داد و در غیر این صورت به ایشان اجازه می‌داد که او را به اجاره داده یا به کار بگمارند.

در مورد روایات مزبور، اولاً مفاد این روایات ناظر بر کسانی است که هنوز وضعیت مالی ایشان روشن نیست؛ لذا جهت احراز تمکن مالی، مدتی حبس می‌شوند و از این رو، ارتباطی با حکم حجر مفلس که ناداری او محرز شده است، ندارند. ثانیاً حتی پس از آنکه عجز فرد از پرداخت بدهی‌هایش ثابت شد، هیچ کدام از روایات اشاره‌ای به اختیار حاکم برای منع شخص از تصرفات مالی ندارند؛ بلکه حسب روایت نخست، شخص آزاد می‌شود تا بدهی‌اش را پردازد و در روایت دوم، تحویل طلبکار داده می‌شود تا با اجاره دادن یا به خدمت گرفتن وی، طلبشان را استیفا کنند، که قطع نظر از آنکه هیچ کدام از این تعابیر دلالتی هرچند ضعیف بر حجر مفلس ندارند، مدلول روایات در این قسمت با هم تعارض دارند و همین موجب شده است که فقها با توجه به سازگاری روایت غیاث با نص قرآن مبنی بر امهال به بدهکار جهت پرداخت بدهی ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ (بقره/۲۸۰) از حکم این فراز روایت سکونی که بر به کارگیری بدهکار دلالت دارد، اعراض نمایند (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۷۲/۳؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۱۹۶/۲؛ ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷: ۲۴۹-۲۵۰) و هم حکم اخیر و هم حتی حبس شخص قبل از اثبات موجب را مخالف عقل و نقل بدانند (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۳۳/۱۲؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۷۳/۱۰؛ مجاهد طباطبایی، بی‌تا: ۲۰-۲۱).

حدیث سوم نیز که راوی آن غیاث بن ابراهیم است، از امام صادق علیه السلام روایت می‌کند که از پدر بزرگوارش چنین نقل فرمود:

«أَنْ عَلِيًّا عَلَيْهِ السَّلَامُ كَانَ يَفْلَسُ الرَّجُلَ إِذَا التَّوَىٰ عَلَىٰ غَرْمَانِهِ، ثُمَّ يَأْمُرُ بِهِ فَيَقْسِمُ مَالَهُ بَيْنَهُمْ بِالْحَصَصِ، فَإِنْ أْبَىٰ بَاعَهُ فقسَمَ بَيْنَهُمْ مَالَهُ» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۴۱۶/۱۸).

مطابق این روایت، حضرت امیرالمؤمنین علیه السلام نسبت به بدهکاری که طلبکارانش را سر می‌دواند، حکم به افلاس می‌داد، سپس دستور می‌داد اموالش را به نسبت طلب میان آن‌ها تقسیم کند و چنانچه استنکاف می‌ورزید، اموال او را فروخته و میان طلبکاران تقسیم می‌فرمود. در پاسخ به این روایت نیز گفته می‌شود: اولاً روایت ناظر بر مطلق افراد مفلس نیست، بلکه به مفلسی اختصاص دارد که طلبکار را با وعده و وعید اذیت می‌نماید، که با تسامح می‌توان آن را به ورشکستگی به تقلب نزدیک نمود (آل بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ۲۵۸/۳). ثانیاً همین روایت را شیخ کلینی در سند دیگری از سوی عمار نقل نموده است که در آن به جای تعبیر «یفلس الرجل»، عبارت «یحبس الرجل» آمده است. مشابه این تعبیر در نقل شیخ صدوق نیز آمده است (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۴۱۷/۱۸) که اتفاقاً تعبیر مزبور با عبارات روایات سابق، خصوصاً روایت اصبح بن نباته که از نظر تعداد بیشتر هستند، هماهنگ است و برخی فقها صحیح بودن این تعبیر را محتمل‌تر دانسته‌اند (تبریزی، بی‌تا: ۱۴۰). حتی اگر قائل به ترجیح نقلی که متضمن حبس بدهکار است، نشویم، قدر متیقن با وجود تعارض نقل‌ها هیچ کدام از آن‌ها ثابت نمی‌شوند. گفته شده است که حبس به معنای منع از تصرف در اموال است و اینکه حضرت علیه السلام در روایت اخیر و نیز روایت سکونی، دستور به تقسیم مال داده و یا شخصاً اقدام به آن می‌فرمود، دلیلی بر آن است که خود بدهکار از تصرف مالی ممنوع است (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۵/۲۸۱؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۲۰/۱۲۵-۱۲۶). در پاسخ به این مطلب نیز گفته می‌شود: اولاً معنا کردن حبس به منع از تصرف مالی، ادعایی بلاوجه است؛ به ویژه که حبس بدهکار در معتبره سابق غیاث و نیز روایت سکونی نیز آمده بود که تحمیل چنین معنایی به حبس با ظاهر اخبار ناسازگار است. ثانیاً امر به تقسیم مال و یا تصدی این موضوع از سوی حاکم، مستلزم حجر بدهکار و عدم نفوذ معاملات او درباره اموالش نیست و روایت نیز از این جهت ظهوری ندارد؛ چه اینکه اصلاً اگر وضعیت بدهکار در حد افلاس هم نباشد، به اتفاق فقها طلبکار می‌تواند به مقاصه از اموال او بردارد، در حالی که کسی ملترم به این معنا نشده است که به دلیل وجود چنین حقی، مطلق بدهکار محجور خواهد بود.

باری حقیقتاً روایات بیان شده، قابلیت استناد بر حجر مفلس را ندارند (آل عصفور

بحرانی، ۱۴۰۵: ۳۸۵-۳۸۳/۲۰) و باید دلیل دوم را مورد بررسی قرار داد.

۲-۱-۲. اجماع

تزلزل استنادپذیری اخبار اثبات حجر مفلس و ورشکسته موجب شده است که بعضی از فقها تنها دلیل بر این حکم را اجماع بدانند (آل بحر العلوم، ۱۴۰۳: ۲۵۹/۳؛ صدر، ۱۴۲۰: ۲۳۴/۴)؛ اجماعی که تحقق آن را در هر دو شکل منقول و محصل نسبت به حجر مفلس ادعا نموده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۸۱/۲۵). در پاسخ به این دلیل نیز باید گفت که چون چنین اجماعی مدرکی و یا دست کم محتمل‌المدرکیه است، حجیتی ندارد، و همین استنادناپذیری اجماع نیز سبب شده است که برخی صریحاً حکم به حجر مفلس و ورشکسته را نپذیرند (آل عصفور بحرانی، ۱۴۰۵: ۳۸۵-۳۸۳/۲۰؛ شوشتری، ۱۴۰۶: ۲۳/۸؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۵: ۲۴۵-۲۴۴/۲). در هر صورت با توجه به خلاف قاعده بودن حجر اشخاص و مقتضای اصل تسلیط باید از توسعه حکم ممنوعیت تصرفات مالی به افراد مفلس خودداری نمود.

۲-۲. اقرار ورشکسته در موضوعات مالی

همان گونه که گذشت، از نظر فقهی، حجر مفلس مستظهر به دلایل محکمی نیست تا بتوان از آن دفاع نمود. با وجود این، حتی با فرض پذیرش چنین دلایلی باید آن را به انشائات و تصرفات مالی منصرف دانست و از تعمیم آن به اقرار که جنبه اخبار دارد، خودداری کرد؛ وجه تمایزی که در برخی آثار فقهی مورد توجه قرار گرفته است (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۲۳۳/۵؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۹۳/۱۱).

در این راستا باید افزود در نفوذ اقرار مفلس نسبت به خود مقرر تردیدی نیست؛ اما در اینکه آیا چنین اقراری وضعیت طلبکاران را متأثر می‌سازد، برخی تردیدها مطرح شده است که در دلالت ادله حجر مفلس بر این مسئله باید گفت دلالت روایات استنادی، ناظر بر تقسیم مال میان طلبکاران است و نسبت به بی‌اعتباری اقرار اشعاری ندارند؛ مسئله‌ای که مورد توجه برخی از اساطین فقه قرار گرفته است (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۲۸/۱۴). همین امر سبب مخالفت بسیاری از فقها با عدم نفوذ اقرار مفلس شده است، به گونه‌ای که حتی دیگر اجماع نیز در این زمینه قابل احتجاج نیست. ضرورت اکتفا

در احکام خلاف قاعده به قدر متیقن از یکسو و نداشتن اطلاق ادله لبی از سوی دیگر، اقتضا می‌کند که اجماع بر حجر مفلس نیز نتواند اقرار وی را در بر گیرد؛ به ویژه آنکه تعداد قابل توجهی نه فقط از میان متأخران که قدما نیز به شکل کلی یا جزئی بر نفوذ اقرار مفلس و ورشکسته در حق طلبکاران تصریح نموده‌اند. برخی اصولاً اقرار ورشکسته و مفلس را در حق طلبکاران نافذ دانسته‌اند (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۷۲/۲-۲۷۳؛ ابن سعید حلّی، ۱۴۰۵: ۳۶۳) و بسیاری نیز بی‌آنکه به شکل جامع بحث نمایند، در مورد دین سابق بر حجر، صریحاً بر شراکت مقررله با بستانکاران فتوا داده‌اند (ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷: ۲۴۸؛ طبرسی، ۱۴۱۰: ۵۶۳/۱؛ بیهقی کیدری، ۱۴۱۶: ۲۹۳؛ محقق حلّی، ۱۴۰۸: ۷۸/۲).

با وجود این، برخی دلایل به طور جداگانه جهت بی‌اعتبار دانستن اقرار مفلس و ورشکسته مورد اشاره قرار گرفته‌اند که لازم است بررسی شوند و در ادامه، وضعیت حقوقی اقرار ورشکسته در موضوعات مالی مطرح در ماده ۱۷۰ قانون مجازات اسلامی به بحث گذاشته شود.

۱-۲-۲. درنگی در دلایل عدم اعتبار اقرار ورشکسته و مفلس

دو مسئله تضرر طلبکاران از اقرار ورشکسته و در معرض اتهام بودن ورشکسته در اقرار خویش، مهم‌ترین دلایل قائلان به بی‌اعتباری چنین اقراری هستند که در ادامه بررسی می‌شوند.

۱-۲-۲-۱. اثر اقرار در اضرار به حقوق مالی طلبکاران

گفته شده که چون حق طلبکاران بر اموال ورشکسته تعلق گرفته است، چنین اقراری به جهت ضرری که به ایشان وارد می‌کند، شرایط اعتبار را ندارد و به تعبیر دیگر، مصداق اقرار در حق ثالث است. در پاسخ باید گفت: اولاً اینکه اموال ورشکسته متعلق حق طلبکاران قرار دارد، سخنی بدون پشتوانه است؛ چرا که حتی اگر حجر ورشکسته را بپذیریم که دلایل آن مورد مناقشه قرار گرفت، همان طور که بعضی از فقها بیان داشته‌اند، معنای حجر این نیست که اموال ورشکسته متعلق به حق بستانکاران قلمداد شود، به گونه‌ای که تصرف او در آن‌ها، مصداق تصرف در متعلق حق ایشان باشد؛ بلکه معنای حجر وی آن است که از تصرف در اموالش از طریق خرید و فروش و نقل

و انتقال ممنوع است و مکلف خواهد بود به حکم حاکم آنها را به نسبت طلب میان بستانکاران تقسیم کند و در صورت امتناع، حاکم به قائم مقامی وی، این کار را انجام می دهد (فیاض کابلی، ۱۳۷۸: ۳/۳۵۱-۳۵۲). به بیان دیگر، حجر مفلس ناشی از حکم حاکم بر ممنوعیت نقل و انتقال اموال و نه تعلق آنها به طلبکاران است تا اقرار نسبت به آنها، اقرار در حق دیگری محسوب شود. ثانیاً اطلاق ضرر بر شراکت کسی که حقیقتش با دلیل ثابت شده است، منتفی است؛ چه اقرار موجد حق برای مقرّله نیست که بتوان بر آن اطلاق اضرار نمود، بلکه اخبار از حقی است که سابقاً تحقق یافته است. علاوه بر آنکه اصل ایراد ضرر به طلبکاران نیز مسلم نیست، بلکه به نسبت فرد فرد طلبکاران و مقرّله محتمل است؛ به ویژه در جایی که حق آنها نیز به واسطه اقرار مقدم بر حجر ثابت شده باشد (مجاهد طباطبایی، بی تا: ۵۱-۵۲)، که در این صورت باید گفت عدم پذیرش اقرار، به معنای اضرار حتمی به یک مقرّله جهت احتراز از ایراد ضرر محتمل به یک مقرّله دیگر است، بدون آنکه ترجیحی وجود داشته باشد. ممکن است گفته شود وجه رجحان آن است که ثبوت حق سایر طلبکاران، ناشی از بینه یا اقرار مقدم بر حجر بوده است، در حالی که در مورد کنونی اقرار در زمان حجر مطرح می باشد. پاسخ به این ایراد نیز در تزلزل دلایل حجر مفلس مورد اشاره قرار گرفت.

۲-۱-۲-۲. متهم بودن ورشکسته و مفلس در اقرار

یکی دیگر از اشکالاتی که از سوی فقهای اهل سنت مطرح شده است آن است که چون نفوذ اقرار، متضمن اضرار به طلبکاران است، لذا ورشکسته در اقرار خود متهم است و همین امر مانع پذیرش اقرار است. علامه حلی در تذکره پس از ذکر قول اهل سنت پاسخ می دهد:

«ایراد در معرض تهمت بودن مقرّمتفی است؛ زیرا ضرر اقرار نسبت به خود مقرّمتفی از میزانی است که در حق طلبکاران ممکن است تصور شود. پس نمی توان تهمتی را متوجه او نمود؛ خصوصاً اینکه ظاهر حال انسان آن است که به دینی علیه خویش اقرار نمی کند در حالی که مدیون نیست» (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۲۹/۱۴).

بعضی در پاسخ بیان داشته اند که به جهت امکان تبانی مقرّله با مقرّله به منظور تأخیر

در رسیدن طلبکاران به حقوق خویش، نمی‌توان در معرض تهمت بودن مقرر ورشکسته را منتفی دانست (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۲۳۴/۵)؛ علاوه بر آنکه زیان زدن به خود، مانع از اضرار به دیگران نیست (جبعی عاملی، ۱۴۱۳: ۹۱/۴-۹۲). در پاسخ به این اشکال نیز باید گفت که هرچند نمی‌توان چنین تهمتی را غیر ممکن دانست، ولی اولاً چنین موردی عادتاً اتفاق نمی‌افتد؛ به ویژه در دعاوی کیفری که اقرار شخص اصولاً علاوه بر ضمان مالی ناشی از جرم، ضمانت اجرای کیفری را نیز در پی دارد. متهم نمودن مقرر به مراتب دشوارتر است؛ چرا که چگونه شخص حاضر می‌شود برای محدود کردن میزان دسترسی طلبکار به طلبش، هم ذمه خود را از نظر مدنی بیش از پیش مشغول نماید و هم مجازات رفتار مورد اقرار را متحمل شود! همین مطلب سبب شده تا برخی فقها در مورد اقرار ورشکسته به سرقت، علاوه بر حکم به حد، ضمان مالی نسبت به مال مسروق را نیز ثابت شده بدانند؛ با این توضیح که چنین اقراری از تهمت به دور است (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۳۱/۱۴). ثانیاً با فرض پذیرش، تبانی همواره وجود ندارد و احراز موردی آن موجب درستی صغرای استدلال نمی‌شود (مجاهد طباطبایی، بی‌تا: ۵۲)؛ چه در غیر این صورت در بسیاری از اقراریر، همین ایراد را می‌توان مطرح نمود و عملاً موجب لغو قاعده اقرار و نادیده گرفتن عموماً متضمن آن می‌شویم و چه بسا همین نکته موجب شده است که عده‌ای از فقها با التفات به عدم کفایت ایراد اتهام به مقرر برای بی‌اعتبار نمودن اقرار، عدم علم به درستی اقرار را مطرح کنند (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۸۷/۲۵)، که بطلان این تقریر مستغنی از استدلال است؛ چه، دلایل مستقیمی چون اقرار و شهادت، طریق به واقع هستند، اعم از آنکه افاده علم نمایند یا خیر، و اشتراط حجیت این ادله به حصول علم به تطابق آن‌ها با واقع، مخالف مبانی فقهی است.

با توجه به حجیت اقرار فرد واجد اهلیت و اینکه مال ورشکسته بنا بر عموم روایات باید میان طلبکاران، اعم از آنکه طلب آن‌ها با اقرار یا بینه ثابت شده باشد، تقسیم شود و نیز با توجه به وارد نبودن اشکالات و دلایل قائلان به عدم نفوذ اقرار در حق طلبکاران، به نظر می‌رسد قول به نفوذ اقرار ورشکسته در امور مالی نسبت به طلبکاران از اتقان بیشتری برخوردار است.

۲-۲-۲. وضعیت حقوقی اقرار ورشکسته و مفلس

در ادامه با توجه به حکم ماده ۱۷۰ قانون مجازات اسلامی، وضعیت اقرار ورشکسته را در سه موضوع ضمان مالی ناشی از جرم، مجازات‌های محض دارای جنبه مالی، و دیه بررسی می‌نماییم.

۲-۲-۲-۱. اقرار در ضمان مالی ناشی از جرم

ضمان مالی ناشی از جرم دو صورت دارد؛ گاه ارتکاب جرم موجب تحقق ضمان بزهکار نسبت به عین مال می‌شود، مانند مسئولیت سارق نسبت به رد مال مسروق و یا ضمان خائن در امانت نسبت به مال امانی تصاحب‌شده؛ و گاه این ضمان جنبه دین دارد، مثل مسئولیت صادرکننده چک پرداخت‌نشده و یا ضمان مرتکب جرم تخریب نسبت به مالی که از بین برده است. ماده ۱۷۰ قانون مجازات اسلامی به طور مطلق اقرار ورشکسته به ضمان مالی ناشی از جرم را اعم از آنکه نسبت به عین و یا دین باشد، معتبر ندانسته است.

حکم قانون‌گذار در عدم اعتبار اقرار ورشکسته نسبت به مطلق ضمان مالی ناشی از جرم، خلاف موازین فقهی است؛ زیرا فقها نسبت به اعتبار اقرار مفلس در امور مالی و نفوذ آن نسبت به خود مقرر اتفاق نظر دارند و در این زمینه تردیدی نیست.^۱ لذا رویکرد قانون‌گذار در همسان‌انگاری حکم اقرار ورشکسته با سفیهی که اقرارش در این مسائل به جهت فقدان اهلیت باطل است، توجیه شرعی ندارد. نهایت آنکه حتی اگر مقنن، مبنای فقهایی که حجر مفلس را به اقرار وی نیز تعمیم داده‌اند، پذیرفته باشد، باید همانند ماده ۱۲۶۴ قانون مدنی، بر عدم نفوذ چنین اقباری صرفاً در حق بستانکاران تصریح می‌کرد، نه آنکه اصل اقرار را به طور کلی بی‌اعتبار بداند.

از این گذشته، همان طور که بیان گردید، عدم نفوذ اقرار ورشکسته نسبت به طلبکاران نیز قابل مناقشه است؛ چه اینکه در خصوص نفوذ چنین اقراری در عین و دین

۱. ظاهر سخن برخی فقها، بی‌اعتباری اقرار مفلس نسبت به عین مال است (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۴۹۹/۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۰: ۳۹۸/۱)؛ لکن منظور ایشان را باید بی‌اعتباری نسبت به حق طلبکار در مال دانست، نه آنکه نسبت به خود مقر، مثبت اشتغال ذمه نشود.

نسبت به حقوق دین، تشتت بسیار زیادی میان آرای اندیشمندان فقهی مشاهده می‌شود، به نحوی که زمینه طرح نظریات متعددی را فراهم نموده است. نظریه نخست، نفوذ اقرار نسبت به طلبکاران و شریک شدن مقرّله با ایشان در اموال مفلس و ورشکسته در مطلق دین و عین می‌باشد؛ مگر در موردی که اقرار به دینی بشود که بعد از حجر ایجاد شده و منشأ قراردادی دارد^۱ (طوسی، ۱۳۸۷: ۲/۲۷۲-۲۷۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۴/۲۸-۳۰؛ همو، ۱۴۲۰: ۲/۵۱۰؛ ابن سعید حلی، ۱۴۰۵: ۳۶۳؛ قطن حلی، ۱۴۲۴: ۱/۴۴۷-۴۴۸). نظریه دوم آن است که اقرار نسبت به طلبکاران در دین سابق به طور مطلق و در دین مؤخر بر حجر به شرطی که منشأ قهری داشته باشد، پذیرفته می‌شود؛^۲ ولی اقرار نسبت به عین و نیز دینی که پس از حجر ایجاد شده و منشأ قراردادی دارد، موجب مشارکت مقرّله با بستانکاران نمی‌گردد (موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳: ۲/۹۳-۹۴؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۱/۱۵۹-۱۶۰). بر اساس نظریه سوم، اقرار نسبت به عین و دینی که منشأ آن به پیش از حجر برمی‌گردد، نسبت به طلبکاران پذیرفته نمی‌شود، اما نسبت به دین بعد از حجر، چنانچه منشأ قهری داشته باشد، در حق طلبکاران نافذ است و در غیر این صورت موجب مشارکت با ایشان نخواهد شد (جبعی عاملی، ۱۴۱۰: ۴/۳۰-۳۴).^۳ مطابق نظریه چهارم، اقرار به مطلق دین و عین نسبت به بستانکاران نافذ نیست (علامه حلی، ۱۴۱۰: ۱/۳۹۸؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۴: ۲/۲۰۶؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۴: ۲/۲۰۶؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ۹/۲۴۲-۲۴۳؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۵/۲۸۷-۲۸۸؛ نجفی کاشف الغطاء، ۱۳۶۶: ۴/۴؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۱۹/۲). نظریه پنجم نیز ملاک را دائرمدار

۱. شیخ طوسی در مسووط در مورد اقرار ورشکسته به دین بعد از حجر، در جایی که دائن به اختیار مالش را در اختیار ورشکسته قرار داده است، معتقد است که مقرّله با طلبکاران شریک نمی‌شود؛ چون آگاهی داشته که مالش متعلق حق طلبکاران قرار خواهد گرفت. لذا این بدان معناست که وی رضایت داشته که طلبش به صورت مؤجل بر ذمه ورشکسته باشد (طوسی، ۱۳۸۷: ۲/۲۷۲-۲۷۳ و ۲۲۷/۷). برخی فقها حتی بر عدم ضرورت علم به حجر تصریح کرده و جهل را حمل بر کوتاهی فرد دانسته‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۲۹/۱۴).

۲. برخی فقها این بحث را دائرمدار جایی می‌دانند که دین ناشی از اقدامی بوده است که بدون خواست و رضایت طرفین ایجاد شده باشد و منصرف از مواردی چون ارتکاب جرم عمدی می‌دانند که مرتکب با اراده آن را انجام داده است (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۶/۲۶۶).

۳. فقها اقرار به دینی را که زمان حدوث آن مشخص نشده باشد، به جهت اصالت تأخر و عدم تعلق، حمل بر دین ایجادشده پس از حجر نموده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۴/۳۰).

عدالت یا همان در معرض تهمت نبودن مقر از جهت داشتن وثاقت دانسته و بدون اینکه میان اقرار به دین یا عین تفاوتی قائل شود، در صورت وجود این شرط، اقرار مفلس را مطلقاً نافذ دانسته و در غیر این صورت، آن را نسبت به طلبکاران نافذ نمی‌داند (عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۱۲۸/۳-۱۲۹؛ صیمری بحرانی، ۱۴۲۰: ۱۶۴/۲؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۱۲۸/۲۰-۱۳۰).

در مقام ارزیابی نظرات ارائه شده باید حق را به قائلان نظریه نخست داد؛ زیرا دلیلی بر بی اعتباری اقرار ورشکسته در ضمان مالی نسبت به طلبکاران وجود ندارد. در جایی که متعلق ضمان، عین اموال باشد، که اساساً با توجه به آنکه اصل بر عدم مالکیت بوده، مگر آنکه خلاف آن با دلیل یا اماره ثابت شود، و در جایی که خود شخص اقرار بر تعلق عین به دیگری می‌کند، حتی اماره تصرف نیز حسب ماده ۳۷ قانون مدنی جهت اثبات مالکیت او کارساز نخواهد بود تا از این طریق بتوان برای طلبکار حقی بر آن متصور شد. در این راستا تفاوتی نمی‌کند جرمی که موجب خروج عین از تصرف بزه دیده شده است، حسب اقرار، قبل و یا بعد از حجر ورشکسته ارتکاب یافته باشد. اما اگر متعلق ضمان، دین باشد، چنانچه منشأ دین به پیش از دوره حجر برگردد، دلیلی که اعتبار اقرار را مخدوش نماید، وجود ندارد؛ ولی اگر دین بعد از ورشکستگی ایجاد شده باشد، باید میان دو حالتی که منشأ آن قهری یا قراردادی باشد، تفاوت قائل شد و در حالت نخست، اقرار نافذ بوده، ولی در صورت اخیر حسب مبنای حجری که مورد پذیرش مقنن قرار گرفته است، اقرار نمی‌تواند موجب مشارکت مقرّله با طلبکاران شود؛ زیرا در این صورت، در حقیقت ورشکسته در دوره حجر یک عمل حقوقی را انشا نموده که متضمن تصرف مالی است که ممنوع از آن بوده است. لذا مانع از عدم ترتب آثار حقوقی نه در خود اقرار، که در ماهیت مقرّبه نهفته است. از این رو چنین اقراری هر چند همچنان بنا بر عموماً قاعده اقرار موجب اشتغال ذمه مقر خواهد شد، ولی نمی‌توانسته ضرری را بر بستانکاران تحمیل نماید. از این رو در جایی که ضمان مالی ناشی از جرم بر دین حادث پس از حجر تعلق گرفته باشد، باید دید که آیا منشأ قراردادی داشته است یا خیر؟ در حالت نخست، مثل اینکه ورشکسته طی معامله‌ای با دیگری، چکی پرداخت نشدنی صادر می‌کند، مقرّله با طلبکاران شریک نخواهد شد، و در حالت دوم، نظیر آنکه ورشکسته مال متعلق به بزه دیده را اتلاف کرده است، چون وی

در چارچوب اعمال حقوقی، انشایی نداشته که صدق تصرف حقوقی کند، نباید در اخذ وی به اقرارش بر چنین ضمانتی تردید نمود، و اصل ضرورت جبران زیان خصوصاً در مواردی که جنبه کیفری نیز دارد، مؤید چنین دیدگاهی است.

۲-۲-۲. اقرار ورشکسته در مجازات‌های محض مالی^۱

مجازات قصاص و حد که صبغه مالی ندارند، اما دیات چون در کنار جنبه کیفری، برای آن ماهیت مدنی نیز قائل شده‌اند، در قسمت بعد بررسی خواهد شد؛ لذا بحث کنونی مربوط به تعزیرات مالی مانند جزای نقدی است. در مورد اقرار شخص ورشکسته به جرایم موجب تعزیر مالی، اطلاق فراز نخست ماده ۱۷۰ قانون مجازات اسلامی، اقرار را معتبر دانسته است. از جهت فقهی، چون به طور سنتی اصولاً تعزیر در مجازات شلاق مطمح نظر بوده است، فقها در تعزیرات به جهت فقدان جنبه مالی، متعرض بحث اقرار مفلس نشده‌اند. این در حالی است که ایشان اعتبار چنین اقراری را در مال به چالش کشیده‌اند، که منطقی‌اً نباید غیر کیفری بودن مال موضوع اقرار خصوصیتی داشته باشد. به منظور تقریب به ذهن، چه بسا همین امر موجب شده است تا برخی معاصران صریحاً بر بی‌اعتباری اقرار سفیه در اثبات جزای نقدی حکم دهند.

در همین راستا، استفتای زیر از برخی فقهای معاصر به عمل آمده است: «آیا اقرار سفیه نسبت به جرایمی که دارای مجازات جزای نقدی است، نافذ است؟» در پاسخ به این سؤال، حضرات آیات بهجت، مکارم شیرازی و سبحانی بر نافذ نبودن چنین اقراری فتوا داده‌اند (مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا، ۱۳۹۰: سؤال ۶۸۲۱). آیه‌الله موسوی اردبیلی نیز در پاسخ به همین مسئله فرموده است:

«اگر اقرار به جرم، اثر مالی داشته باشد، اقرار سفیه نسبت به آن نافذ نیست؛ اما در مورد دیگر آثار نافذ است» (موسوی اردبیلی، ۱۳۹۲: ۱/۱۲۱).

تا جایی که تتبع نگارندگان نشان می‌دهد، هیچ فقیهی بر جواز اجرای مجازات مالی به واسطه اقرار سفیه فتوا نداده است. همین موضع گویای آن است که بی‌اعتباری اقرار

۱. تعبیر «مجازات محض»، جهت تمایزدهی بحث کنونی از مواردی چون دیه است که به رغم مجازات بودن، جنبه مسئولیت مدنی و ضمان مالی را نیز دارند.

در اثر خدشه در اهلیت مقرر در تصرفات مالی، صرفاً ناظر بر مالی نیست که جنبه مدنی دارد. به دیگر سخن، کیفری یا غیر کیفری بودن مال، مداخلیتی در حکم فقهی عدم اعتبار اقرار ندارد. هرچند بطلان اقرار سفیه در چنین مواردی به جهت نداشتن اهلیت تصرف مالی قابل دفاع است، در حالی که اقرار ورشکسته در این مورد از اساس باطل نیست، لکن این سخن هم مردود است که گفته شود چون اقرار سفیه به جهت حمایت از خود وی معتبر نیست، اما اقرار ورشکسته به خاطر صیانت از حقوق طلبکاران نافذ نیست، لذا باید با اقرار ورشکسته در جرم موجب جزای نقدی به طور متفاوت برخورد نموده و آن را معتبر و نافذ بدانیم؛ زیرا در این صورت بنا بر مبنای مختار مقنن، حقوق طلبکاران در معرض تضییع قرار می‌گیرد. در حالی که فلسفه حجر ورشکسته اقتضا می‌کند زمانی که ما حقوق خصوصی ثابت شده برای مقوله را موجب تحدید حقوق طلبکاران ندانیم، به طریق اولی حقوق عمومی ناشی از حق کیفر جامعه را به زیان طلبکاران ترتیب اثر ندهیم، خصوصاً اینکه در نظام حقوقی کشور، حقوق خصوصی اشخاص بر حقوق عمومی تقدم داشته و نباید استیفای حق عمومی موجب تضییع حقوق خصوصی اشخاص شود.^۱ از این رو پذیرفتنی نیست بنا بر مبنایی که قانون‌گذار دارد، در حالی که ضرر و زیان وارده به اشخاص در اثر اقرار متهم ورشکسته مورد حکم قرار نمی‌گیرد تا حقوق طلبکاران آسیب نبیند، اما مجازات‌های مالی ثابت شده در اثر اقرار شخص ورشکسته اجرا شوند و به این ترتیب از رسیدن طلبکاران به بخشی از حقوقشان جلوگیری شود! لذا به نظر می‌رسد در این موارد، چون از یکسو اقرار ورشکسته در امر کیفری شرعاً و قانوناً معتبر است و از سوی دیگر به جهت حجر ورشکسته قانوناً نمی‌توان تصرفات مالی معارض با حقوق طلبکاران نظیر اقرار مثبت کیفر مالی را مانع استیفای حقوق آنها دانست، مناسب‌ترین راهکار استناد به ماده ۵۲۹ قانون آیین دادرسی کیفری از طریق سازوکارهای تقسیط یا اعمال مجازات‌های جایگزین حبس است،^۲ که البته تقسیط نیز باید به گونه‌ای صورت پذیرد که حق طلبکار در اموال موجود را تحدید

۱. در تقویت این نظریه می‌توان از ملاک ماده ۵۳۸ قانون آیین دادرسی کیفری استفاده نمود.

۲. ملاحظه نظریه مشورتی ۷/۹۳/۱۴۸۵ مورخ ۱۳۹۳/۶/۲۵ اداره حقوقی قوه قضاییه مبنی بر بازداشت بدل از جزای نقدی ورشکسته‌ای که امکان برداشت از اموال او وجود ندارد، بی‌مناسبت نیست.

ننماید. به این ترتیب، هم اقرار ورشکسته در امور کیفری را معتبر دانسته‌ایم و نیز هم‌مسو با فلسفهٔ حجر ورشکسته، مانع از تضییع طلبکاران شده‌ایم.

۲-۲-۳. اقرار ورشکسته در جنایات موجب دیه

در مورد دیه، از طرفی ماده ۱۴ قانون مجازات اسلامی صراحتاً آن را مجازات تلقی نموده است و از سوی دیگر، ماده ۴۵۲ همین قانون تصریح نموده است که دیه «احکام و آثار مسئولیت مدنی یا ضمان را دارد». در حقیقت، رویکرد قانون‌گذار مجازات اسلامی در سال ۱۳۹۲، همان گونه که در مقدمه توجیهی لایحه تقدیمی از سوی دولت به مجلس نیز بیان گردیده، حاکی از جنبهٔ دوگانهٔ دیه است. در بخشی از این مقدمه، بر اعطای ماهیت جبران خسارت به دیه در کنار جنبه کیفری آن تصریح شده بود. موضع مزبور سبب بروز این اختلاف نظر شد که آیا دیه، مشمول فراز نخست ماده شده و در نتیجه اقرار ورشکسته نسبت به آن صحیح است و یا تحت حکم بی‌اعتباری موضوع فراز دوم ماده قرار می‌گیرد؟ برخی حقوق‌دانان اقرار ورشکسته را موجب ثبوت دیه ندانسته‌اند (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۴: ۴۵۱؛ مرادی، ۱۳۹۶: ۳۱۹). در نقطهٔ مقابل، عده‌ای اظهار داشته‌اند:

«دیه در مورد این ماده، امر کیفری محسوب می‌شود و داخل در ضمان مالی ناشی از جرم نیست» (مجبی و ریاضت، ۱۳۹۷: ۸۲۹).

در مقام ارزیابی میان این نظریات باید خاستگاه فقهی آن‌ها را در نظر گرفت. از منظر فقهی تردیدی نیست در اینکه دیه در زمرهٔ دیون محسوب می‌شود (تبریزی، ۱۴۲۸: ۲۵۵)، اعم از آنکه برای آن جنبهٔ کیفری نیز قائل بشویم (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۴۴۸/۲) یا خیر (فاضل موحدی لنگرانی، ۱۴۲۵: ۵۱۶). بنابراین می‌توان ماده ۱۷۰ را چنین تفسیر نمود که مقنن در ابتدا اقرار در مطلق امور کیفری، اعم از قصاص، دیه، حد و تعزیر را نافذ دانسته است؛ اما در ادامه، اطلاق مزبور را تقیید و آن دسته از امور کیفری را که جنبهٔ ضمان مالی دارند، از شمول حکم مستثنا نموده است. حتی با فرض عدم التزام به چنین برداشتی نهایتاً باید گفت که با عنایت به ماهیت دوگانهٔ دیه در قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲، دو فراز ماده در این زمینه تعارض دارند که موافق اصل

۱۶۷ قانون اساسی، مراجعه به منابع و فتاوی فقہی متعین خواهد شد. مراجعه به مصادر فقہی نشان از آن دارد که در مورد اقرار مفلس و ورشکسته به جنایت غیر عمد موجب دیه، هرچند اقلیتی این اقرار را مثل اقرار سفیه نافذ ندانسته‌اند (مرعشی نجفی، ۱۴۱۵: ۶۷/۲)،^۱ لکن اکثریت فقہا به گونه‌ای متفاوت فتوا داده و در خصوص مفلس اقرار را معتبر شمرده‌اند (عاملی جزینی، ۱۴۱۰: ۲۷۰؛ جمعی عاملی، ۱۴۱۰: ۶۹/۱۰) و در تأیید این موضع، به عموم دلیل اقرار استناد شده است (مدنی کاشانی، ۱۴۱۰: ۱۲۱). همین مطلب نشان می‌دهد که موضع قانون‌گذار در همسان‌انگاری حکم اقرار ورشکسته با سفیه نسبت به دیه از نظر فقہی قابل دفاع نیست؛ چه در حالت نخست اقرار معتبر است و در مورد دوم اقرار به آن باطل است.

به رغم اعتبار اقرار ورشکسته و مفلس به جنایت موجب دیه از نظر فقہی، در اینکه آیا ولی دم یا مجنی علیه داخل در بستانکاران شده و با سایر طلبکاران در اموال ورشکسته شریک می‌شوند، اختلاف نظر وجود دارد. مشهور فقہا بر عدم مشارکت نظر داده‌اند، مگر آنکه طلبکاران اقرار را تصدیق نمایند (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲۰۳/۴؛ علامه حلی، ۱۴۲۰: ۴۶۹/۵؛ جمعی عاملی، ۱۴۱۰: ۶۹/۱۰؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۱۱۲/۱۱؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۰۵/۴۲؛ نجفی کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۳: ۷۸/۳؛ موسوی خویی، ۱۴۲۲: ۱۱۲/۴۲؛ مدنی کاشانی، ۱۴۱۰: ۱۲۱؛ تبریزی، ۱۴۲۶: ۱۸۲؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۱: ۱۹۳؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۸: ۵۲۶/۳؛ حسینی روحانی، ۱۳۸۶: ۳۳۳/۳). با وجود این، برخی اقرار به جنایت را که سبب اشتغال ذمه مقرر می‌شود، موجب مشارکت مقرر با طلبکاران می‌دانند. برخی از قائلان این نظریه، تفاوتی میان آنکه جنایت موضوع اقرار پیش از حجر و یا پس از آن حادث شده باشد، قائل نشده‌اند (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۷۳/۲ و ۲۲۷/۷؛ ابن سعید حلی، ۱۴۰۵: ۳۶۳؛ علامه حلی، ۱۴۲۰: ۵۱۰/۲؛ همو، ۱۴۱۴: ۲۹-۲۸/۱۴؛ قطن حلی، ۱۴۲۴: ۴۴۸-۴۴۷/۱؛ فیاض کابلی، ۱۳۷۸: ۳۵۱-۳۵۲/۳) و عده‌ای مشارکت مقرر با طلبکاران را محدود به جنایتی دانسته‌اند که بر ارتکاب آن پیش از حجر اقرار شده باشد (جمعی عاملی، ۱۴۱۰: ۳۳-۳۴/۴). در هر صورت به نظر می‌رسد

۱. گفتنی است آیه‌الله مرعشی در فرض پذیرش نفوذ چنین اقراری معتقد است که مقرر با طلبکاران در اموال مفلس شریک نمی‌شود؛ بلکه در صورت استطاعت به صورت اقساط دیه را می‌پردازد و در غیر این صورت، بیت‌المال عهده‌دار دیه است.

به جهت آنکه دیه ماهیت دین دارد، باید همانند آنچه در بحث از اقرار به ضمان مالی ناشی از جرم گفته شد، در اینجا نیز عمل شود؛ به ویژه که جنایت موجب دیه از مصادیق ضمان قهری محسوب می‌شود و نفوذ اقرار در آن موجب تصریح بسیاری قرار گرفته است.

نتیجه‌گیری

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در ماده ۱۷۰، اقرار شخص ورشکسته نسبت به امور کیفری را نافذ، و نسبت به ضمان مالی ناشی از جرم معتبر ندانسته است. بررسی ضابطه مزبور نتایجی را به دست می‌دهد:

۱- تحدید حکم قانون‌گذار بر شخص ورشکسته، چون با مفلسی که از نظر فقهی حکم حجر بر او قابل ترتب است، رابطه عموم و خصوص من وجه دارد، قابل دفاع نیست و لذا لازم است که ماده قانونی از این جهت اصلاح شود.

۲- از نظر فقهی، اقرار ورشکسته در ضمان مالی ناشی از جرم نسبت به خود قطعاً معتبر است و موجب اشتغال ذمه او خواهد شد و نسبت به اموال موجودی که در معرض تقسیم برای طلبکاران است، با توجه به ضعف دلایل مخالفان اعتبار اقرار، مانعی در شرکت مقرله با آنها وجود ندارد؛ مگر آنکه متعلق اقرار دینی باشد که در اثر انشای ورشکسته بعد از حجر او تحقق یافته باشد که وی از اساس، ممنوع از چنین تصرف مالی بوده است. چنانچه کسی هم اعتبار کلی اقرار ورشکسته را نپذیرد، حقیقتاً توسعه حکم بی‌اعتباری اقرار به برخی موارد نظیر عین یا دیون ایجاد شده در اثر جرایم ارتكابی قبل از صدور حکم حجر که منشأ قراردادی ندارند، مانند تخریب، با قول اکثریت فقها نیز مغایرت دارد. بنابراین بی‌اعتبار دانستن اقرار ورشکسته در مطلق ضمان مالی ناشی از جرم، پشتوانه شرعی ندارد.

۳- اقرار ورشکسته در دیه به جهت ماهیت دوگانه آن در قانون مجازات اسلامی و مبانی فقهی، مشمول حکم اقرار به ضمان مالی است که فقها بر خلاف اقرار سفیه به دیه، اقرار مفلس و ورشکسته را معتبر می‌دانند؛ لذا برخورد یکسان قانون مجازات اسلامی در این خصوص توجیهی ندارد. البته در اینکه مقرله با طلبکاران در اموال

موجود متعلق به ورشکسته شریک می‌باشد یا خیر، دقیقاً همان ملاک حاکم بر اقرار به سایر دیون جاری است.

۴- در مورد اثر اقرار ورشکسته نسبت به مجازات‌های محض نیز باید میان مجازات‌های مالی و غیر مالی قائل به تفصیل شد. در صورت نخست با توجه به مبنای مقنن در بی‌اعتباری اقرار در ضمان مالی، به جهت وحدت ملاک چنین اقراری نمی‌تواند موجب تجویز حکم به کیفرهای مالی شود، هرچند در خصوص جزای نقدی با توجه به امکان اعمال مجازات‌های جایگزین حبس، مشکل تا حدی قابل رفع است. نسبت به مجازات‌های غیر مالی نیز اثرگذاری اقرار ورشکسته با مانعی روبه‌رو نیست.

کتاب شناسی

۱. آل بحر العلوم، سید محمد بن محمد تقی، بلغة الفقیه، چاپ چهارم، تهران، مکتبه الصادق علیه السلام، ۱۴۰۳ ق.
۲. آل عصفور بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۳. ابن ادریس حلّی، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۴. ابن زهره حلّی، ابوالمکارم سید حمزة بن علی حسینی، غنبة النزوع الی علمی الاصول والفروع، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۷ ق.
۵. ابن سعید حلّی، ابوزکریا نجیب الدین یحیی، الجامع للشرائع، قم، مؤسسه سید الشهداء علیه السلام العلمیه، ۱۴۰۵ ق.
۶. اسکینی، ربیعاً، حقوق تجارت: ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته، چاپ شانزدهم، تهران، سمت، ۱۳۹۲ ش.
۷. اصفهانی، سید ابوالحسن، وسیلة النجاة مع حواشی الامام الخمینی، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۲ ق.
۸. بیهقی کیدری، قطب الدین محمد بن حسین، اصباح الشیعة بمصباح الشریعه، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۶ ق.
۹. تبریزی، میرزا جواد بن علی، أسس القضاء والشهادة، قم، دفتر معظم له، بی تا.
۱۰. همو، تنقیح مبانی الاحکام: الدیات، قم، دار الصدیقة الشهیده علیه السلام، ۱۴۲۸ ق.
۱۱. همو، تنقیح مبانی الاحکام: القصاص، چاپ دوم، قم، دار الصدیقة الشهیده علیه السلام، ۱۴۲۶ ق.
۱۲. ترحینی عاملی، سید محمد حسن، الزیادة الفقهیة فی شرح الروضة البهیة، چاپ چهارم، قم، دار الفقه، ۱۴۲۷ ق.
۱۳. جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
۱۴. همو، حاشیة الارشاد، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۴ ق.
۱۵. همو، مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۱۶. حرّ عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.
۱۷. حسینی روحانی، سید محمد صادق، فقه الصادق علیه السلام، قم، دار کتاب و مدرسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۲ ق.
۱۸. همو، منهاج الصالحین، قم، اجتهاد، ۱۳۸۶ ش.
۱۹. حسینی عاملی، سید محمد جواد بن محمد، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۲۰. دمرچیلی، محمد، علی حاتمی، و محسن قرانی، قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی، چاپ بیست و چهارم، تهران، دادستان و کتاب آوا، ۱۳۹۵ ش.
۲۱. شوشتری، محمد تقی، النجعة فی شرح اللمعة، تهران، کتابفروشی صدوق، ۱۴۰۶ ق.
۲۲. صدر، سید محمد، ما وراء الفقه، بیروت، دار الاضواء، ۱۴۲۰ ق.
۲۳. صیمری بحرانی، مفلح بن حسن، غابة المرام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت، دار الهادی، ۱۴۲۰ ق.

٢٤. طباطبائی حائری، سیدعلی بن محمدعلی، ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل، قم، مؤسسة آل البيت (ع) لاحیاء التراث، ١٤١٨ ق.
٢٥. طباطبائی حکیم، سیدمحمدسعید، منهاج الصالحین، بیروت، دار الصفوة، ١٤١٥ ق.
٢٦. طبرسی، امین الاسلام ابوعلی فضل بن حسن، المؤلف من المختلف بین ائمة السلف، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه، ١٤١٠ ق.
٢٧. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفریه، ١٣٨٧ ق.
٢٨. همو، کتاب الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ١٤٠٧ ق.
٢٩. عاملی جزینی (شهید اول)، ابو عبدالله محمد بن جمال الدین مکی، الدرر الشریعة فی فقه الامامیه، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ١٤١٧ ق.
٣٠. همو، اللعة الدمشقیة فی فقه الامامیه، بیروت، دار التراث و الدار الاسلامیه، ١٤١٠ ق.
٣١. همو، غایة المراد فی شرح نکت الارشاد، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ١٤١٤ ق.
٣٢. عبدی پورفرد، ابراهیم، حقوق تجارت، تهران، مجد، ١٣٩٣ ش.
٣٣. علامه حلّی، ابو منصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، ارشاد الازدهان الی احکام الایمان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ١٤١٠ ق.
٣٤. همو، تحریر الاحکام الشریعة علی مذهب الامامیه، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ١٤٢٠ ق.
٣٥. همو، تذکرة الفقهاء، قم، مؤسسة آل البيت (ع)، ١٤١٤ ق.
٣٦. عمرانی شافعی یمینی، ابوالحسین یحیی بن ابی الخیر بن سالم، البیان فی مذهب الامام الشافعی، بیروت، دار المنهاج، ١٤٢١ ق.
٣٧. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة: القصاص، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، ١٤٢١ ق.
٣٨. همو، جامع المسائل، قم، امیر قلم، ١٤٢٥ ق.
٣٩. فاضل هندی، بهاء الدین محمد بن حسن اصفهانی، کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ١٤١٦ ق.
٤٠. فیاض کابلی، محمد اسحاق، منهاج الصالحین، قم، دفتر معظم له، ١٣٧٨ ش.
٤١. قظان حلّی، شمس الدین محمد بن شجاع، معالم الدین فی فقه آل یاسین، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ١٤٢٤ ق.
٤٢. کاتوزیان، ناصر، اثبات و دلیل اثبات، چاپ سوم، تهران، میزان، ١٣٨٤ ش.
٤٣. همو، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ هفدهم، تهران، میزان، ١٣٨٧ ش.
٤٤. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ دوم، قم، مؤسسة آل البيت (ع) لاحیاء التراث، ١٤١٤ ق.
٤٥. مجاهد طباطبائی، سیدمحمد بن علی، کتاب المناهل، قم، مؤسسة آل البيت (ع) لاحیاء التراث، بی تا.
٤٦. معجبی، جلیل، و زینب ریاضت، شرح قانون مجازات اسلامی ١٣٩٢، تهران، میزان، ١٣٩٧ ش.
٤٧. محقق حلّی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ١٤٠٨ ق.
٤٨. محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن، کفاية الاحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ١٤٢٣ ق.

۴۹. مدنی کاشانی، آقارضا، *کتاب القصاص للفقهاء والخواص*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۵۰. مرادی، حسن، *جرایم علیه اشخاص: جنایات*، تهران، میزان، ۱۳۹۶ ش.
۵۱. مرعشی نجفی، سیدشهاب‌الدین، *القصاص علی ضوء القرآن والسنة*، قم، کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۱۵ ق.
۵۲. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الازهان الی احکام الایمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۵۳. مکارم شیرازی، ناصر، *الفتاوی الجدیة*، چاپ دوم، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۷ ق.
۵۴. موسوی اردبیلی، سیدعبد‌الکریم، *حقوق و دادرسی کیفری در آینه فقه*، قم، رادنگار، ۱۳۹۲ ش.
۵۵. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *تحریر الوسیله*، قم، دار العلم، بی تا.
۵۶. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *مبانی تکملة المنهاج*، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۲۲ ق.
۵۷. موسوی سبزواری، سیدعبد‌الاعلی، *مهذب الاحکام فی بیان الحلال والحرام*، چاپ چهارم، قم، المنار، ۱۴۱۳ ق.
۵۸. موسوی گلپایگانی، سیدمحمدرضا، *هدایة العباد*، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۱۳ ق.
۵۹. مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا، «نرم‌افزار گنجینه استفتانات قضایی»، نسخه ۲، ۱۳۹۰ ش.
۶۰. میرمحمدصادقی، حسین، *حقوق کیفری اختصاصی: جرایم علیه اشخاص*، چاپ بیستم، تهران، میزان، ۱۳۹۴ ش.
۶۱. نایینی، احمدرضا، *مشروح مذاکرات قانون مدنی*، تهران، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۶ ش.
۶۲. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۶۳. نجفی کاشف‌الغطاء، احمد، *سفینه النجاة*، نجف اشرف، مؤسسه کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۳ ق.
۶۴. نجفی کاشف‌الغطاء، محمدحسین، *وحیة الاحکام*، چاپ دوم، نجف اشرف، مؤسسه کاشف‌الغطاء، ۱۳۶۶ ق.
۶۵. نووی، ابوزکریا محیی‌الدین یحیی بن شرف، *المجموع شرح المهذب (مع تکملة السبکی و المطیعی)*، بیروت، دار الفکر، بی تا.
۶۶. وحید خراسانی، حسین، *منهاج الصالحین*، چاپ پنجم، قم، مدرسه امام باقر علیه السلام، ۱۴۲۸ ق.

اجاره سهام در بازار سرمایه و تحلیل آن بر مبنای ماهیت سهام از منظر فقه و حقوق*

□ سیدمحمد امین‌زاده^۱

چکیده

دولت‌ها و شرکت‌ها برای گسترش فعالیت‌های اقتصادی خود از ابزارهای تأمین مالی بهره می‌جویند. با توجه به محدودیت‌های شرعی در استفاده از ابزارهای متعارف مالی، اوراق بهادار اسلامی توسط اندیشمندان اسلامی طراحی شد که از جمله آن‌ها می‌توان به اوراق اجاره اشاره کرد. در حال حاضر، اوراق اجاره به پشتوانه اموال فیزیکی متقاضیان تأمین مالی منتشر می‌شود. موضوع مقاله حاضر، بررسی انتشار اوراق اجاره بر مبنای سهام به عنوان یک دارایی غیر فیزیکی است. آنچه در خصوص این اوراق، چالش برانگیز است، تبیین فقهی - حقوقی اجاره سهام است. بدین منظور لازم است ابتدا با توجه به تحلیل‌های گوناگون از ماهیت سهام، امکان و صحت اجاره سهام را مورد تحلیل و بررسی قرار داده و سپس منافع سهام را که می‌توان در قالب عقد اجاره منتقل نمود، احصا کرد. در این مقاله با روش توصیفی - تحلیلی، اجاره سهام مورد بحث قرار گرفته است.

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۳/۳۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۱/۹.

این پژوهش با همکاری مرکز پژوهش، توسعه و مطالعات اسلامی سازمان بورس و اوراق بهادار انجام شده است.
۱. استادیار مؤسسه آموزش عالی طلوع مهر قم (s.m.aminzadeh@gmail.com).

به نظر می‌رسد در میان تحلیل‌های متنوع از ماهیت سهام، پذیرفتن اجاره سهام بر اساس نظر مشهور فقها با چالش‌هایی مواجه است؛ اما مطابق دیدگاهی که شرکت را به عنوان یک مال اعتباری تلقی کرده و سهم را جزء مشاعی از آن مال محسوب می‌کند، می‌توان اجاره سهام را صحیح دانست.

واژگان کلیدی: اجاره سهام، ماهیت سهام، منافع سهام، اوراق اجاره.

۱. مقدمه

در نظام مالی سرمایه‌داری، استفاده از ابزارهای بدهی جهت تأمین مالی با نرخ ثابت بسیار رایج بوده و در سطح گسترده‌ای استفاده می‌شود. یکی از مهم‌ترین این ابزارها، اوراق قرضه است که در بازارهای مالی دنیا مورد استفاده بوده و در قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ نیز به عنوان یکی از ابزارها به آن اشاره شده است. بنا بر تعریف ماده ۵۲ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت:

«ورقه قرضه، ورقه قابل معامله‌ای است که معرف مبلغی وام است با بهره معین که تمامی آن یا اجزاء آن در موعد یا مواعد معینی باید مسترد گردد».

مطابق تعریف مذکور، اوراق قرضه مصداق بارز ربای قرضی بوده که استفاده از آن در نظام مالی اسلامی به دلیل ممنوعیت ربا، غیر مجاز شمرده می‌شود (نظریور و صادقی فدکی، ۱۳۸۹: ۹۲) و لذا پس از پیروزی انقلاب اسلامی در ایران منسوخ شده و منتشر نشده است. بی‌شک ابداع «صکوک»، یکی از مناسب‌ترین و جذاب‌ترین نوآوری‌های اندیشمندان اقتصاد اسلامی برای جایگزینی اوراق قرضه بوده است.

در میان انواع مختلف صکوک، اوراق اجاره از جایگاه بسیار ممتازی برخوردار است. از آنجا که مبنای اصلی این اوراق، عقد اجاره بوده که از طرفی مشروعیت آن مورد تأیید تمامی مسلمانان اعم از شیعه و سنی بوده و از طرف دیگر نرخ سود معین و از پیش تعیین شده‌ای دارد، در میان کشورهای اسلامی مورد استقبال قرار گرفته است.

لازمه انتشار اوراق اجاره، وجود دارایی‌ای است که اوراق بر مبنای آن منتشر می‌شود. تا به حال این گونه فرض می‌شد که دارایی مبنای اوراق اجاره باید فیزیکی باشد. اکنون پرسش این است که آیا می‌توان دارایی‌های مالی و غیر مشهود (مانند سهام شرکت‌ها) را

مبنای انتشار اوراق اجاره قرار داد؟ از نظر مالی و اقتصادی، پاسخ به این سؤال مثبت است؛ زیرا در علم مالی و اقتصادی، دارایی اعم از مشهود و نامشهود است (فبوزی و مودیلیانی و فری، ۱۳۷۶: ۱۷). اما از منظر فقهی و حقوقی، مسئله با پیچیدگی مواجه است. در عقد اجاره، موضوع عقد باید واجد ویژگی‌هایی باشد که قابلیت اجاره آن وجود داشته باشد؛ از این رو شناخت موضوع عقد ضروری است. لذا هنگامی که موضوع اجاره، «سهم» باشد، ابتدا باید ماهیت آن مشخص گردد. سپس با توجه به غیر مادی بودن آن لازم است منافعی که از آن متصور است، احصا گردد.

در خصوص ماهیت سهم، نظرات مختلفی بیان شده است. در این مقاله سعی شده است تا با توجه به دیدگاه‌های مختلف در مورد ماهیت سهم، به تحلیل اجاره آن پردازیم. همچنین منافع ایجادشده از سهم را مورد بررسی قرار داده و آنچه را که در قالب اجاره قابل واگذاری است، برشماریم.

۲. پیشینه تحقیق

در خصوص اجاره سهم تا کنون تحقیق مستقلی در مجلات یا کتب معتبر صورت نگرفته است؛ اما اخیراً مرکز پژوهش، توسعه و مطالعات اسلامی سازمان بورس و اوراق بهادار، خبرنامه‌ای را تحت عنوان «اوراق اجاره مبتنی بر سهم» (کاوند و میرزاخانی و پیره، ۱۳۹۶) منتشر کرده است. در این خبرنامه، اوراق اجاره مبتنی بر سهم، به اختصار موضوع‌شناسی گردیده و آماری از انتشار این اوراق در بازار سرمایه ارائه شده است. علاوه بر این، مصوبه کمیته تخصصی فقهی در این خصوص بیان و سپس به تبیین آن پرداخته شده است. اگرچه در تبیین مصوبه مذکور به ماهیت سهم اشاره شده است، اما اولاً به همه نظرات موجود اشاره نشده و ثانیاً نظرات بیان‌شده به اختصار مطرح شده است.

از موارد دیگری که می‌توان به عنوان سابقه موضوع و یکی از منابع تحقیق اشاره کرد، مصوبات کمیته تخصصی فقهی سازمان بورس و اوراق بهادار است که صورتجلسات آن در وبگاه مرکز پژوهش، توسعه و مطالعات اسلامی سازمان بورس و اوراق بهادار قابل دسترس است. در صورتجلسات مذکور، ضابطه اوراق قابل اجاره و برخی مصادیق

آن مورد بررسی قرار گرفته و با توجه به معیار ارائه‌شده، سهام برخی شرکت‌ها قابل اجاره و برخی غیر قابل اجاره تشخیص داده شده است.

از جمله موارد دیگر قابل اشاره به عنوان پیشینه تحقیق، دستورالعمل «انتشار اوراق اجاره» مصوب ۹۰/۸/۲۳ شورای عالی بورس و اوراق بهادار است که به موجب مصوبه‌های مورخ ۹۴/۳/۱۱ و ۹۴/۹/۱۷ شورای عالی بورس و اوراق بهادار و مصوبه‌های مورخ ۹۵/۸/۱۸ و ۹۶/۱۰/۲۰ و ۹۷/۲/۲۶ و ۹۷/۶/۲۱ و ۹۷/۱۱/۲۴ هیئت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار اصلاح گردیده است. به موجب این دستورالعمل، یکی از دارایی‌های قابل قبول جهت انتشار اوراق اجاره، سهام شرکت‌های پذیرفته‌شده در بورس اوراق بهادار تهران یا فرابورس ایران است. لازم به ذکر است که دستورالعمل‌های مصوب، بر مبنای مصوبه کمیته فقهی تدوین می‌شوند.

غیر از موارد فوق که اختصاصاً به اجاره سهام مربوط‌اند، مقالات و پژوهش‌هایی در خصوص ماهیت سهام به انجام رسیده‌اند که برخی از آن‌ها عبارت‌اند از:

۱- «سهم و حقوق ناشی از آن در شرکت‌های سهامی» (عیسی‌نفرشی و شعاریان ستاری، ۱۳۸۱): نویسندگان در این مقاله، برخی نظرات راجع به ماهیت سهام را مطرح کرده‌اند و عمده مطالب راجع به حقوق دارندگان سهام است.

۲- «بیع سهام شرکت‌های سهامی» (عیسی‌نفرشی و سکوتی نسیمی، ۱۳۸۳): نویسندگان در این مقاله، متناسب با موضوع بیع سهام، به اختصار به ماهیت آن نیز پرداخته‌اند.

۳- «ماهیت سهم و بازخرید آن توسط شرکت صادرکننده» (باریکلو، ۱۳۸۵): نویسنده در این مقاله به فراخور بحث، نظرات مختلف حقوق‌دانان راجع به ماهیت سهام را مطرح نموده، اما اشاره‌ای به نظر فقیهان نکرده است.

۴- «تحلیل سهام عادی شرکت‌های پذیرفته‌شده در بورس اوراق بهادار تهران در جایگاه مبیع در عقد بیع بر اساس فقه امامیه» (موسویان و حسن‌زاده سروسستانی و نیکومرام، ۱۳۹۳): نویسندگان در این مقاله ضمن بحث در خصوص بیع سهام، راجع به ماهیت سهام نیز به بحث پرداخته و بر این عقیده‌اند که سهام، مال کلی در مشاع است که متعلق آن شرکت سهامی عام است.

۵- «بازپژوهی فقهی - حقوقی ماهیت اوراق سهام و قرارداد واگذاری آن» (جعفری

خسروآبادی و شهیدی، ۱۳۹۴): نویسندگان در این مقاله نسبت به دیگر مقالات به طور مبسوط‌تر به ماهیت سهام پرداخته، معتقدند رابطه سهام‌دار با شرکت باید بر مبنای اصول و بنیان‌های حقوق اسلامی که عبارت‌اند از حق و ملک، تعریف شوند.

۳. جایگاه اوراق اجاره در بازار سرمایه

یکی از شیوه‌های تأمین مالی پروژه‌ها و طرح‌ها، انتشار اوراق بهادار است. اوراق بهادار با حذف واسطه‌ها، سود بیشتری نصیب سرمایه‌گذاران و هزینه کمتری بر تولیدکنندگان تحمیل می‌نماید. نمونه روشن این اوراق مالی، که در قانون تجارت و لایحه اصلاحی آن نیز مطرح شده است، اوراق قرضه می‌باشد. با توجه به اینکه استفاده از این ابزار، ربوی بوده و مطابق احکام اسلام حرام است (موسویان، ۱۳۹۱: ۳۶۴-۳۷۰)، اندیشمندان مسلمان به فکر طراحی ابزارهای جدید مالی با عنوان اوراق بهادار اسلامی افتادند.

اوراق بهادار اسلامی به طور معمول دربردارنده سهم مشاعی از سرمایه مبنای انتشار اوراق است که دارای سود یا درآمد بوده و کیفیت توزیع سود در آن‌ها، تابع نوع قراردادی است که اوراق بر اساس آن طراحی شده است.

تا چندی پیش، ابزارهای تأمین مالی در بازار سرمایه محدود به سهام و اوراق مشارکت بود. پس از تصویب قانون بازار اوراق بهادار در سال ۱۳۸۴ و قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید در سال ۱۳۸۸، بستر قانونی لازم جهت انتشار ابزارهای متنوع مالی فراهم شده است تا خلأ ناشی از کمبود تنوع ابزارهای مالی مرتفع شود. از جمله این ابزارها می‌توان به اوراق (صکوک) اجاره اشاره کرد که ابزاری مناسب برای بسیاری از بنگاه‌های کشور محسوب می‌شود و از پراهمیت‌ترین ابزارهای مالی اسلامی می‌باشد که در ایران برای نخستین بار در اسفندماه ۱۳۸۹ به منظور تأمین مالی شرکت هواپیمایی ماهان منتشر گردید. کمیته فقهی سازمان بورس و اوراق بهادار در اوایل سال ۱۳۸۶، موضوع صکوک اجاره را مورد بررسی قرار داده، ضوابط ابزار مالی اوراق اجاره را در تاریخ ۸۶/۱۱/۱ به تصویب شورای عالی بورس و اوراق بهادار رسانید. دستورالعمل انتشار این اوراق در تاریخ ۸۹/۵/۱۱ توسط شورای عالی بورس و اوراق بهادار تصویب،

و از همان سال به اجرا درآمد.

بر اساس اطلاعات منتشرشده توسط شرکت مدیریت دارایی مرکزی بازار سرمایه در خصوص اوراق بهادار اسلامی (صکوک)، از مجموع انواع اوراق بهادار اسلامی (صکوک) منتشرشده در سال ۱۳۹۵ (به غیر از اوراق مشارکت)، بیش ۴۹ درصد حجم ریالی این اوراق به اوراق اجاره اختصاص داشته است که دلالت بر اهمیت این نوع اوراق در بازار سرمایه دارد.^۱

بر اساس قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید مصوب ۱۳۸۸، یک نهاد مالی جدید به نام نهاد واسط تعریف و برخی از معافیت‌های مالیاتی برای آن در نظر گرفته شد. بر اساس ماده ۱ این قانون:

«نهاد واسط، یکی از نهادهای مالی موضوع قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران است که می‌تواند با انجام معاملات موضوع عقود اسلامی نسبت به تأمین مالی از طریق انتشار اوراق بهادار اقدام نماید».

در مواد ۱۱ و ۱۲ این قانون نیز معافیت‌های مالیاتی برای ابزارهای مالی اسلامی، که توسط این نهاد منتشر می‌شوند، در نظر گرفته شده است. هم‌اکنون انتشار این ابزار در چند نوبت از طریق فرابورس صورت گرفته است و همچنان استفاده از این ابزارها توسط شرکت‌ها و بنگاه‌های اقتصادی رو به توسعه است.

بر اساس ماده ۱ «دستورالعمل انتشار اوراق اجاره»:

«الف- اوراق اجاره: اوراق بهادار بانام قابل نقل و انتقالی است که... نشان‌دهنده مالکیت مشاع دارنده آن در دارایی مبنای انتشار اوراق اجاره است».

بنا بر تعریف مذکور، در اوراق اجاره، حق استفاده از منافع یک دارایی یا مجموعه‌ای از دارایی‌ها در قبال اجاره بها از مالک به مستأجر منتقل می‌شود. از آنجا که این اوراق بیانگر مالکیت مشاع دارنده آن در دارایی پایه است، انتقال اوراق اجاره به دیگری در بازار ثانوی، به معنای انتقال سهم دارنده اوراق از مالکیت دارایی پایه به دیگری است (موسویان و رحیمی، ۱۳۹۱: ۹۵). روش کار در اوراق اجاره به این صورت است که پس از

1. <<https://sukuk.ir>>.

اعلام نیاز بانی، نهاد واسط پس از کسب مجوزهای لازم، اوراق بهاداری را تحت عنوان اوراق اجاره منتشر کرده، با واگذاری آن‌ها به سرمایه‌گذاران، منابع لازم را جهت تأمین مالی پروژه مورد نظر جمع می‌کند؛ سپس با استفاده از آن منابع به وکالت از سوی دارندگان اوراق، کالاهای سرمایه‌ای و مصرفی بادوام مورد نیاز بانی را خریده، با قرارداد اجاره به وی واگذار می‌کند؛ سپس اجاره‌بهای آن‌ها را در سررسیدهای مقرر وصول کرده، پس از کسر حق‌الزحمه خود به صورت سود در اختیار صاحبان اوراق قرار می‌دهد. این سود به دلیل اینکه در واقع اجاره‌بهای گرفته‌شده از مستأجر است، میزان معینی داشته، کم و زیاد نمی‌شود (مجتهد و حسن‌زاده، ۱۳۸۴: ۲۷۷).

۴. کاربرد اجاره سهام در بازار سرمایه

همان‌گونه که بیان شد، برای انتشار اوراق اجاره، یک دارایی مبنای انتشار اوراق قرار می‌گیرد و به پشتوانه آن، اوراق منتشر می‌شود و با استفاده از وجوه سرمایه‌گذاران، دارایی مدنظر خریداری، و به مالکیت دارندگان اوراق درمی‌آید. سپس این دارایی به متقاضی اجاره داده شده و اجاره‌بها به سرمایه‌گذاران پرداخت می‌شود و با سررسید شدن اوراق، دارایی به متقاضی (بانی) فروخته شده و اصل وجوه به دارندگان اوراق بازگردانده می‌شود (موسویان و فراهانی‌فرد، ۱۳۸۵: ۷۹-۸۰). همه این فرایند در صورتی فرض شده است که دارایی مبنای انتشار اوراق، فیزیکی و واقعی باشد. اما چنانچه دارایی مبنای انتشار این اوراق، از نوع غیر فیزیکی و اصطلاحاً «دارایی مالی» (مانند سهام) باشد، مسئله پیچیده خواهد شد.

گاهی متقاضی تأمین مالی (بانی)، یا دارایی فیزیکی قابل توجهی که قابل اجاره باشد، ندارد و یا دارایی فیزیکی او قابل اجاره نیست (مثلاً در رهن بانک قرار دارد). اما از جمله دارایی‌های قابل توجه بانی، سهام شرکت‌های معتبر پذیرفته‌شده در بورس یا فرابورس است. در این صورت، بانی می‌تواند دارایی‌های خود یعنی سهام یا سبدی از مجموعه سهام‌های تحت تملک خود را به نهاد واسط فروخته و سپس اجاره به شرط تملیک کند؛ به این صورت که نهاد واسط با انتشار اوراق اجاره، وجوه سرمایه‌گذاران را جمع‌آوری نموده و قیمت سهام را به بانی پرداخته و آن‌ها را خریداری می‌نماید.

سپس بانی با اجاره‌بهای معین، دارایی‌های مزبور را اجاره به شرط تملیک می‌کند. در نتیجه، سهام بانی به مالکیت صاحبان اوراق درآمدی و به نهاد واسط به عنوان وکیل صاحبان اوراق تحویل داده می‌شود و مبلغ اجاره‌بها از جانب بانی در اقساط معین به سرمایه‌گذاران پرداخت می‌شود و در نهایت، دارایی به ملکیت بانی برمی‌گردد.

برای تصور انتشار اوراق اجاره مبتنی بر سهم، مثالی را که خاستگاه ایجاد اوراق اجاره مبتنی بر سهام بوده است (کاوند و میرزاخانی و پیره، ۱۳۹۶: ۴)، مطرح می‌کنیم: مطابق ماده ۲ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴، فعالیت‌های اقتصادی در جمهوری اسلامی ایران به سه گروه تقسیم شده‌اند:

گروه اول، فعالیت‌هایی است که دولت مکلف است سهام و سهم‌الشرکه، حقوق مالکانه، حق بهره‌برداری و مدیریت خود را در این شرکت‌ها، بنگاه‌ها و مؤسسات دولتی و غیر دولتی، به بخش‌های خصوصی، تعاونی و عمومی غیر دولتی واگذار نماید. گروه دوم، فعالیت‌هایی است که دولت مکلف است هشتاد درصد از ارزش مجموع سهام بنگاه‌های این دسته را به بخش‌های خصوصی، تعاونی و عمومی غیر دولتی واگذار نماید.

گروه سوم، فعالیت‌هایی است که مالکیت و مدیریت در فعالیت‌ها و بنگاه‌های مشمول این دسته، منحصراً در اختیار دولت است و قابل واگذاری نیست. آنچه موضوع بحث است، راجع به گروه دوم می‌باشد که بر اساس قانون مذکور، دولت مجاز است به منظور حفظ بهینه بخش دولتی در فعالیت‌های گروه دوم، با توجه به حفظ حاکمیت دولت، استقلال کشور، عدالت اجتماعی و رشد و توسعه اقتصادی، تا ۲۰ درصد ارزش این فعالیت‌ها سرمایه‌گذاری کند. بنابراین اگرچه دولت می‌تواند کل این فعالیت‌ها را به بخش خصوصی واگذار نماید، اما مصالح ملی و حفظ حاکمیت نسبت به این فعالیت‌ها اقتضا می‌کند که دولت، سهام خود را در این فعالیت‌ها حفظ نماید.

از طرفی، طلب پیمانکاران از دولت ایجاب می‌کند که دولت با انتشار اوراق بهادار، تأمین مالی کرده و بدی‌های خود را کاهش دهد. یکی از راه‌ها برای رسیدن به این هدف، استفاده از اوراق بهادار اسلامی است و از جمله آن، اوراق اجاره است. برای انتشار اوراق اجاره، به دارایی پشتوانه نیاز است. تا قبل از تصویب اوراق اجاره مبتنی بر

سهام، کلیه اوراق اجاره به پشتوانه دارایی فیزیکی منتشر شده است. این در حالی است که اموال فیزیکی در اختیار دولت، در تصرف دستگاه‌های اجرایی بوده و فرایند اجرایی واگذاری این اموال به نهاد واسط، با دشواری‌های زیادی روبه‌روست. از این رو، طرحی ارائه شد که به جای اموال فیزیکی و واقعی، سهام شرکت‌ها مبنای انتشار اوراق بهادار قرار گیرند.

توضیح مطلب اینکه دولت در موارد بسیاری، مالک درصدی از سهام شرکت‌های موضوع گروه دوم ماده ۲ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ است که بر اساس قانون، مجاز به واگذاری آن می‌باشد؛ برای مثال، دولت مالک ۲۰ درصد شرکت مخابرات ایران است. بر اساس طرح ارائه شده، نهاد واسط، اوراق اجاره منتشر کرده و با استفاده از منابع به دست آمده، سهام دولت در شرکت مخابرات ایران را به وکالت از سرمایه‌گذاران خریداری می‌کند. بنابراین سرمایه‌گذاران مالک سهام دولت می‌شوند. سپس دولت سهام فروخته شده را از نهاد واسط، اجاره به شرط تملیک می‌کند و مالک منافع سهام شده و مطابق قرارداد، در سررسیدهای مشخص، اجاره بها را به سرمایه‌گذاران پرداخت می‌کند و پس از پرداخت آخرین قسط، مجدداً مالکیت سهام به دولت برمی‌گردد.

در طرح مذکور، از نظر حقوقی دو اتفاق واقع شده است: اول اینکه سهام به فروش رسیده است و دوم اینکه سهام، موضوع عقد اجاره واقع شده است. در صحت فروش سهام تردیدی وجود ندارد؛ اما پذیرفتن اجاره سهام با پیچیدگی همراه بوده و سؤالاتی در این زمینه مطرح می‌باشد که در مبحث آتی به آن خواهیم پرداخت.

آنچه در اینجا بیان شد، مثالی برای کاربرد اجاره سهام بود که بر اساس آن، دولت از این طریق اقدام به تأمین مالی می‌کرد. اما شایان توجه است که استفاده از این روش، اختصاصی به دولت نداشته و بخش خصوصی نیز در صورت وجود شرایط می‌تواند از طریق انتشار اوراق اجاره مبتنی بر سهام، اقدام به تأمین مالی نماید؛ امری که در عمل واقع شده و شرکت‌های خصوصی واجد شرایط بر اساس مصوبه کمیته فقهی، سهام تحت تملک خود را مبنای انتشار اوراق اجاره قرار داده‌اند.^۱

۱. برای مثال ر.ک: مصوبه کمیته فقهی سازمان بورس و اوراق بهادار مورخ ۹۷/۰۳/۲۳.

۵. ماهیت حقوقی اجاره سهام

در مطالب پیشین، توجیه اقتصادی اجاره سهام و نیاز به استفاده از ابزار اوراق اجاره سهام بیان گردید و مشخص شد که به لحاظ اقتصادی، مانعی در اجاره دادن سهام وجود ندارد؛ اما مهم‌ترین مسئله در تبیین اجاره سهام، توجیه فقهی و حقوقی آن است. در واقع به نظر می‌رسد چالش اجاره سهام، موانع و اشکالات حقوقی آن است و نه اشکالات و موانع اقتصادی. از این رو، صرف توجیه اقتصادی آن کافی نیست و در درجه اول باید از نظر اصول و موازین فقهی و حقوقی مورد بررسی واقع شده و توجیه شود.

غالب حقوق دانان در خصوص مال بودن سهام، به عنوان ورقه‌ای که ارزش اقتصادی و دادوستد داشته و قابل تقویم به پول باشد، تردید ندارند؛ چرا که سهم دو شرط اساسی را برای اینکه مال تلقی شود، دارا می‌باشد: ۱- مفید باشد و نیازی را برآورد، خواه آن نیاز مادی باشد یا معنوی؛ ۲- قابل اختصاص یافتن به شخص یا ملت معین باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۱۱). مسئله اصلی این است که سهام شرکت‌های سهامی از جهت عینی یا دینی بودن، در کدام دسته از اقسام مال قرار می‌گیرند.

در این خصوص بدون شک تبیین صحت اجاره سهام، اولاً متأثر از ماهیت سهام خواهد بود و ثانیاً لازم است منافع سهام که قرار است با انعقاد اجاره به شخصی غیر از مالک تملیک گردد، مشخص شود. لذا در این مبحث، ابتدا بر مبنای نظریات مختلفی که پیرامون ماهیت سهام مطرح شد، صحت اجاره سهام را بررسی خواهیم کرد و سپس با فرض صحت اجاره سهام، منافع سهام را برخواهیم شمرد تا معین شود که کدام یکی از این منافع قابل تملیک به دیگران است.

۱-۵. اجاره سهام بر اساس حق بودن سهم

فقها در بیان معنای اصطلاحی حق اختلاف نظر دارند. برخی آن را به «سلطنت بر شیء» تعبیر کرده و آن را مرتبه ضعیفی از ملکیت برشمرده‌اند (غروی نائینی، ۱۴۱۳: ۹۲/۱). برخی نیز حق را نوعی «ملک» می‌دانند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۵۵/۱). گروهی نیز بر این باورند که حق به طور مستقل از جانب شارع وضع شده و عبارت است از سلطنت بر غیر (شیخ‌الشریعه اصفهانی، ۱۳۹۸: ۲۱۷).

در خصوص ماهیت سهام، دیدگاه گروهی از حقوق دانان بر این است که سهام نوعی حق مالی است. این دسته از حقوق دانان به سه گروه تقسیم می‌شوند: عده‌ای سهام را حقی عینی می‌دانند (ستوده تهرانی، ۱۳۸۸: ۱۰۷)؛ گروه دیگر، سهم را حقی دینی تلقی می‌کنند (صقری، ۱۳۹۰: ۲۳۰؛ عیسی تفرشی و شعاریان ستاری، ۱۳۸۱) و دسته سوم، ماهیت سهم را نه منطبق بر حق عینی دانسته و نه حقی دینی می‌دانند و معتقدند که ویژگی‌های سهام در هیچ کدام از تقسیم‌های دوگانه حق عینی و دینی جای نمی‌گیرد. از این رو بر این باورند که سهام را باید به عنوان حقی خاص دانست که ویژگی‌های مختص به خود را دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۲۳؛ عیسی تفرشی، ۱۳۷۸: ۱۱۰/۱). نقطه اشتراک هر سه نظریه مذکور در حق دانستن سهام است. این نوع نگاه، بیانگر رابطه سهام‌دار با شرکت است و سهام‌دار را دارای نوعی حق در شرکت می‌داند که بر اساس دیدگاه اول، این رابطه از نوع عینی است و در نگاه دوم، حاکی از حقی است که منطبق بر رابطه مالک دین بر ذمه مدیون است و در دیدگاه سوم، سهام‌دار را دارای مجموعه‌ای از حقوق می‌داند که وی در شرکت از آن برخوردار است و سهام نشان‌دهنده مجموعه این حقوق است که در برگه سهم تجلی یافته است.

فارغ از نقد این نظریات که خارج از موضوع این مقاله است، راجع به اجاره سهام باید خاطر نشان کرد که چنانچه سهم را از سنخ «حق» تلقی نموده و سهام‌دار را «ذی‌حق» و مالک آن حق یا حقوق در نظر بگیریم، اجاره سهام بی‌معنا خواهد بود.

توضیح مطلب این است که وقتی سهم را حق دانستیم، اجاره سهم به معنای اجاره حق خواهد بود و به نظر می‌رسد صحت چنین سخنی مورد تردید جدی است؛ زیرا قابلیت اجاره دادن حق در هیچ یک از منابع فقهی و حقوقی مطرح نشده است، ضمن اینکه همان طور که بیان شد، یکی از شرایط مال موضوع اجاره، عین بودن است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۸: ۱۴/۵)، آن هم عینی که با انتفاع از آن باقی مانده و از بین نرود (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۱-۲). بنابراین با حق دانستن سهام نمی‌توان سهام را اجاره داد.

لازم به ذکر است در استفتایی که در خصوص اجاره سهام و اجاره بعضی حقوق شده است، به غیر از یک مرجع، سایر مراجع عظام اجاره حق را جایز ندانسته‌اند. متن استفتاء بدین شرح است:

لطفاً نظر شریف خود را نسبت به اجاره امور ذیل اعلام فرمایید: ۱- اجاره سهام شرکت‌های سهامی به مدت معین در ازای اجرت معین از طرف دارنده سهام. ۲- اجاره دادن حق اختراع یا ابداع (مالکیت فکری) که به ثبت رسیده، از طرف صاحب آن. ۳- اجاره حق عبور از مسیر خاص یا حق تحجیر و مشابه این موارد. لازم به ذکر است برخی از این موارد فوق، در تهیه اوراق بهادار مورد استفاده است.

پاسخ مراجع تقلید به استفتائات فوق بدین شرح است:

آیه‌الله خامنه‌ای: ۱- موارد مختلف است. ۲ و ۳- اجاره صحیح نیست.

آیه‌الله سیستانی: اجاره این موارد صحیح نیست.

آیه‌الله هاشمی شاهرودی: ۱- اجاره سهام معنا ندارد. ۲- در اصل قبول حق اختراع اشکال است و در صورت بودن چنین حقی، اجاره آن معنا ندارد و لیکن می‌تواند در مقابل اذن به استفاده موقت یا دائم از آن حق، وجهی دریافت کند. ۳- اجاره دادن زمینی که حق اختصاص در آن دارد به دیگری صحیح است.^۱

آیه‌الله مکارم شیرازی: هیچ کدام از سه مورد مذکور در سؤال مانعی ندارد و اجاره آن‌ها صحیح است.

آیه‌الله نوری همدانی: موارد مختلف است و به صورت کلی، اجاره اشیایی که به استفاده عین آن باقی نمی‌ماند، باطل است.

از سؤال دوم که صراحت در اجاره حق دارد و پاسخ قریب به اتفاق مراجع به آن، می‌توان نتیجه گرفت که نظر مشهور فقهی بر بطلان اجاره حق است. لازم به ذکر است که با تتبع در کتب فقهی و حقوقی، قائلی برای صحت اجاره حق یافت نشد.

۲-۵. اجاره سهام بر اساس دین بودن سهام

در مباحث مربوط به ماهیت سهام گفته شد که عده‌ای در خصوص ماهیت سهام، به دین بودن آن عقیده دارند. ایشان سهام را معرّف و نمایانگر طلب سهام‌دار از شرکت می‌دانند؛ زیرا سهام‌دار مالک مشاع اموال و دارایی‌های شرکت نمی‌باشد. بر اساس این نظریه، شرکا به دلیل آوردن حصه، طلبکار یکدیگر نمی‌شوند، بلکه طلبکار شرکت‌اند که دارایی به او منتقل شده است (اسکینی، ۱۳۸۴: ۱۰۷/۱).

1. <<https://hashemishahroudi.org/fa/questions/110/2>>.

مطابق نظریه مذکور، سهام‌دار با آورده خود به شرکت، شخص حقوقی را مدیون و خود را طلبکار می‌کند؛ اما با توجه به قوانین و مقررات حاکم بر شرکت‌ها، این طلب در طول مدت حیات شرکت قابل وصول نبوده و پس از انحلال شرکت و پرداخت دیون مربوط به شرکت به نسبت سهامی که مالک است، می‌تواند از اموال باقی‌مانده، آورده و اصل سرمایه خود را وصول نماید.

بدیهی است با فرض ذکرشده، اجاره سهام معنا نخواهد داشت؛ زیرا اگرچه در متون فقهی و حقوقی ما، دین از اقسام اموال شمرده شده و حتی قابلیت خرید و فروش دارد، اما هر مالی واجد شرایط عقد اجاره نمی‌باشد و همان‌گونه که در شرایط عین مستأجره بیان شده است، مال مورد اجاره اولاً باید عین باشد و ثانیاً عینی باشد که با استفاده از آن، اصل عین از بین نرود (رشتی، ۱۳۱۱: ۴۴) و واضح است که دین، فاقد چنین شرایطی است.

گفتنی است در رویه قضایی ما با استدلال به دلیلی مشابه، اجاره سهام باطل دانسته شده است. اکثریت قضات دادگاه‌های حقوقی ۲ تهران در تاریخ ۱۳۶۶/۷/۱۶ چنین اظهارنظر کردند:

«نظر به اینکه حق صاحب سهم در شرکت، حق دینی است نه عینی، و حقوق دینی قابل واگذاری نیستند، از سوی دیگر، شرایط اساسی صحت معامله و ارکان عقد اجاره با توجه به ماده ۱۹۰ قانون مدنی و نیز بنا به تعریف قانونی اجاره از حیث مشخص بودن موضوع معامله و امکان استیفای منفعت و قدرت بر تسلیم در اجاره سهام مصداق ندارد، علی‌هذا سهام قابل اجاره دادن نیست» (فرحناکیان، ۱۳۸۷: ۷۳۱).

البته در مقابل نظر اکثریت، دو نظر دیگر نیز مطرح شده که بنا بر یک نظر، سهام به‌عنوان حقی عینی تلقی شده و با این استدلال که صاحب مال، حق هر گونه دخل و تصرف در مال خود را دارد، اجاره سهام بنا به قاعده تسلیط صحیح دانسته شده است. گروهی دیگر، حکم صحت اجاره را به سهام بانام اختصاص داده‌اند؛ زیرا فقط دارنده این نوع سهام را دارای حق عینی می‌دانند (همان: ۷۳۲). لازم به ذکر است که منظور از «حق عینی» و «حق دینی» در اظهارنظر فوق، عین و دین است و استفاده از تعبیر «حق عینی» و «حق دینی» به دلیل رواج این دو اصطلاح غلط در متون حقوقی ماست که

به نظر نگارنده، وارداتی بوده و با مبانی حقوقی ما سازگار است (ر.ک: نعمت‌اللهی، ۱۳۸۹).

۳-۵. اجاره سهام بر اساس عین بودن سهم

گروه دیگری از حقوق‌دانان، سهام را در دسته‌بندی اموال، جزء اعیان محسوب کرده‌اند. اما در استدلال برای رسیدن به عین بودن سهام اختلاف دارند. عین به مالی گفته می‌شود که وجود خارجی داشته باشد و با حواس ظاهری قابل حس باشد. به طور خلاصه می‌توان صاحبان نظریه عین بودن سهام را در سه دسته طبقه‌بندی کرد: الف- گروهی که عینیت را به ورقه سهم نسبت می‌دهند؛ ب- گروهی که سهام را سند دال بر مالکیت مشاع نسبت به اموال و دارایی‌های شرکت می‌دانند؛ ج- گروهی که سهم را سند دال بر مالکیت مشاع نسبت به شرکت تلقی می‌کنند.

۱-۳-۵. عین بودن برگه سهام

بعضی در عین بودن سهام، این گونه استدلال کرده‌اند که حقوق ناشی از سهم به قدری با ورقه سهام ممزوج شده که عرف ورقه سهام را به مثابه یک عین تلقی کرده و برای آن ارزش و مالیت در نظر می‌گیرد. ایشان اگرچه حق صاحب سهم را در اصل حقی دینی و غیر مادی می‌دانند، اما معتقدند که با ایجاد برگ سهم، حق صاحب سهم با سندی که سهم نامیده می‌شود، توأم شده و مالکیت سهم عملاً به یک حق عینی بر روی سهم تبدیل می‌شود (ستوده تهرانی، ۱۳۸۸: ۱۰۷).

اشکال وارد به این دیدگاه آن است که با پذیرش این نظر، مفقود شدن برگه سهام به منزله از دست رفتن حق دارنده سهم خواهد بود و سهام‌دار با فقدان یا سرقت برگه سهم، مال خود را تلف شده خواهد دید؛ در حالی که در عمل چنین نیست و دارنده سهام می‌تواند با طی تشریفات قانونی، حقوق خود را اعاده کند، ضمن اینکه سهام پذیرفته شده در بورس نوعاً بانام بوده و مالک آن در سیستم معاملات مشخص است. گذشته از این، در حال حاضر اصولاً برگه سهام به صورت فیزیکی کمتر مورد استفاده قرار می‌گیرد و چه بسا اصلاً به چاپ نمی‌رسد؛ بلکه کلیه اطلاعات سهام‌داران در سامانه‌های الکترونیکی و در شرکت سپرده‌گذاری مرکزی اوراق بهادار و تسویه وجوه، ذخیره و نگهداری می‌شود.

هرچند این نظریه را به دلایل بیان شده نمی‌توان پذیرفت، اما با فرض پذیرش، اجاره سهم در این دیدگاه از نظر حقوقی صحیح خواهد بود؛ زیرا عینی که موضوع اجاره قرار می‌گیرد، برگه سهامی است که دارای منفعی از قبیل سود سالیانه، افزایش قیمت سهم در مدت اجاره، حق رأی در مجامع و... خواهد بود و با بهره‌مندی از آن منافع، عین برگه باقی خواهد ماند.

۵-۳-۲. سهم سند مالکیت مشاع بر اموال شرکت

شخصیت حقوقی شرکت، سابقه چندانی در فقه ندارد؛ اما برخی فقیهان آن را پذیرفته و آثارش را قبول دارند؛ برای مثال، آیه‌الله مکارم شیرازی در مسئله ۱۷۹۱ رساله توضیح المسائل آورده است:

«... شخصیت‌های حقیقی و حقوقی هر دو مالک می‌شوند و می‌توانند طرف معامله واقع گردند...».

اما در مقابل، فقهای دیگر شخصیت حقوقی را نپذیرفته‌اند؛ برای نمونه، آیه‌الله خویی معتقد است که تنها شخصیت حقیقی می‌تواند مالک شود و دولت قابلیت تملک ندارد (موسوی خویی، ۱۴۱۸: ۳۲۲/۲۴). آیه‌الله سیستانی نیز مالی را که از بانک‌های دولتی گرفته می‌شود، مجهول‌المالک می‌داند (حسینی سیستانی، بی‌تا: مسئله ۲۷۹۸). شیخ حسین حلی در مورد وجوهی که از بانک گرفته می‌شود، می‌فرماید:

«واضح است مالی که از بانک گرفته می‌شود، از نوع مجهول‌المالک است و تصرف در آن، نیاز به اذن حاکم شرع دارد» (حلی، ۱۳۸۴: ۹۹).

فقهای که شخصیت حقوقی را نپذیرفته‌اند، طبیعتاً شرکت سهامی را در چارچوب عقد شرکت و به تعبیر صحیح‌تر شرکت عقدی که یکی از ابواب فقهی است، مورد بررسی قرار داده و بر آن مبنا تحلیل می‌نمایند و بر این اساس، سهم عبارت از سند دال بر مالکیت مشاع اموال شرکت خواهد بود.

شرکت عقدی طبق مهم‌ترین و قدیمی‌ترین تعریف، عقدی است که ثمره و نتیجه آن، جواز تصرف مالکان یک شیء واحد به نحو تصرف مشاعی در آن شیء واحد می‌باشد (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۹).

بر اساس این دیدگاه، اجاره سهام به معنای اجاره اموال شرکت به نحو مشاع خواهد بود. طبق این نظر، در صورتی می‌توان سهام شرکت را موضوع عقد اجاره قرار داد که شرکت دارای اموال فیزیکی و ملموس و قابل اجاره بوده و این نوع اموال در دارایی شرکت، نسبت به اموال غیر قابل اجاره غلبه داشته باشد تا خصوصیات عین مستأجره برای دارایی پشتوانه اوراق اجاره سهام لحاظ شود. بر این اساس، دارایی‌های غیر قابل اجاره، اعم از فیزیکی و غیر فیزیکی (مانند دین، طلب و محصولات شرکت)، تابع اموال قابل اجاره بوده و آنچه که موضوع عقد قرار می‌گیرد، اموال فیزیکی قابل اجاره شرکت می‌باشد.

گفتنی است کمیته فقهی سازمان بورس و اوراق بهادار پس از بحث و بررسی‌های فراوان در خصوص اوراق اجاره مبتنی بر سهام، برای جلوگیری از ورود به اختلافات فقها در خصوص شخصیت حقوقی، دیدگاهی را مبنای مصوبه خود قرار داده است که بر اساس آن، شرکت فاقد شخصیت حقوقی بوده و به معنای شرکت عقدی است. بر پایه این تحلیل، اجاره سهام را با این شرط که دارایی پشتوانه سهام، عرفاً و قانوناً قابلیت اجاره داشته باشد، شرعی دانسته است.^۱ بر اساس مصوبه اخیر کمیته فقهی، معیار قابل اجاره بودن سهام این است که سایر دارایی‌های شرکت (غیر قابل اجاره) نسبت به دارایی‌های قابل اجاره آن (دارایی ثابت در ادبیات حسابداری)، جنبه تبعی داشته باشد.^۲ این کمیته جهت اطمینان از رعایت موازین فقهی در انتشار اوراق اجاره مبتنی بر سهام، مصادیق سهام مبنای انتشار هر ورقه اجاره سهام را مورد بررسی قرار می‌دهد؛ برای مثال در یک مورد مقرر داشته است:

«در خصوص اجاره سهام شرکت "سرمایه‌گذاری نفت و گاز و پتروشیمی تأمین" از آنجایی که بخش مهمی از اموال این شرکت، سهام شرکت‌هایی است که مالک دارایی‌های فیزیکی هستند، قابل اجاره می‌باشد».^۳

لازم به ذکر است که مطابق آخرین مصوبه کمیته فقهی، تعیین غلبه دارایی‌های قابل

۱. مصوبه کمیته فقهی سازمان بورس و اوراق بهادار مورخ ۹۵/۰۹/۰۳.
۲. مصوبه کمیته فقهی سازمان بورس و اوراق بهادار مورخ ۹۷/۱۰/۱۹.
۳. مصوبه کمیته فقهی سازمان بورس و اوراق بهادار مورخ ۹۶/۱۲/۰۲.

اجاره به دارایی‌های غیر قابل اجاره به این صورت محاسبه می‌گردد که ابتدا مبلغ کل بدهی‌ها از کل دارایی‌ها کسر، سپس نسبت دارایی ثابت به این عدد محاسبه می‌گردد. در صورتی که این نسبت بیشتر از ۶۰ درصد باشد، سهام می‌تواند مبنای انتشار اوراق اجاره قرار گیرد. همچنین مبنای تعیین اعداد و ارقام، «صورت‌های مالی» شرکت اصلی و در مورد شرکت‌هایی که دارای صورت‌های مالی تلفیقی می‌باشند، اطلاعات صورت‌های مالی تلفیقی خواهد بود.^۱

بر مبنای این نظریه، سهام‌دار عمده شرکت برای تأمین مالی، سهم خود را فروخته و در مقابل، منافع حصه مشاعی از اموال فیزیکی را برای مدت معین از مالک جدید سهام اجاره کرده است. بر این اساس، احتمال انفساخ عقد اجاره وجود دارد؛ زیرا ممکن است مدیریت شرکتی که اجاره سهم روی آن واقع شده است، تصمیم به فروش اموال ثابت شرکت بگیرد؛ چنانچه آن اموال منتقل گردد، موضوع عقد اجاره از بین رفته است که منجر به انفساخ عقد اجاره خواهد شد. برای پیشگیری از این موضوع، کمیته فقهی مقرر داشته است:

«با عنایت به لزوم حفظ دارایی‌های ثابت پشتوانه انتشار اوراق اجاره سهام، بانی باید دارای سهام کنترلی در شرکت مبنای اجاره سهام بوده و متعهد به حفظ دارایی‌های ثابت به میزان اوراق منتشره باشد. در غیر این صورت، بانی می‌تواند با اخذ موافقت سایر سهام‌داران نسبت به ارائه مصوبه هیئت مدیره شرکت مبنای، مبنی بر عدم فروش دارایی‌های ثابت به میزان اوراق منتشره تا زمان تسویه نهایی اقدام نماید».^۲

به عبارتی، فروشنده سهام (مستأجر سهام) باید نسبت به عدم انتقال اموال ثابت شرکت مبنای انتشار اوراق در زمان قرارداد، اطمینان حاصل کرده و تعهد بسپارد. به نظر می‌رسد اگرچه نظریه بیان شده، از نظر فقهی و حقوقی قابل فهم و تصحیح می‌باشد، اما به لحاظ اجرایی دارای پیچیدگی‌هایی است که می‌تواند منجر به ابهامات و شبهاتی شود؛ از جمله اینکه بر چه اساسی، معیار غلبه دارایی‌های ثابت نسبت به سایر دارایی‌ها، عدد ۶۰ درصد تعیین شده است؟ و دیگر اینکه مطابق چه استانداردی،

۱. مصوبه کمیته فقهی سازمان بورس و اوراق بهادار مورخ ۹۷/۱۰/۱۹.

۲. مصوبه کمیته فقهی سازمان بورس و اوراق بهادار مورخ ۹۷/۱۰/۱۹.

ملاک تعیین نسبت مذکور، «صورت مالی» در نظر گرفته شده است، حال آنکه صورت‌های مالی مطابق ضوابطی تنظیم می‌شوند که ممکن است ارزش روز دارایی‌ها را نشان ندهند^۱ علاوه بر این، سؤال دیگری قابل طرح است: منفعتی که اجاره‌کننده سهام، مالک آن است، کدام منفعت است؟ بدیهی است که برای پاسخ باید به عین مستأجره نگرست. مطابق این نظریه، عین مستأجره عبارت است از اموال فیزیکی شرکت از قبیل زمین، ساختمان، ماشین‌آلات و... لذا منفعت مورد اجاره، متناسب با این موارد خواهد بود؛ در حالی که منفعت مدّ نظر مستأجر سهام، منافع سهام از قبیل حق رأی، شرکت در مجامع، اخذ سود سالیانه و... است، نه استفاده از منفعت زمین، ساختمان و ماشین‌آلات. از این رو پذیرفتن این نظریه، جای تأمل و دقت بیشتری دارد.

۳-۳-۵. سهم سند مالکیت بر شرکت

بر اساس نظری دیگر، شرکت به عنوان یک بنگاه اقتصادی، مالی اعتباری بوده و سهم دلالت بر مالکیت بر آن دارد (عبدی‌پور فرد، ۱۳۹۳: ۱۴۵). این مالکیت به نحو مشاع در معین می‌باشد؛ بدین معنا که سهام‌دار در جزء جزء شرکت به عنوان مالی اعتباری، حق مالکیت دارد، لیکن نسبت به اموال شرکت هیچ رابطه مستقیمی ندارد؛ بلکه این اموال به شخصیت حقوقی شرکت تعلق دارند. در این فرض، اولاً سهام شرکت، مفهومی حقوقی است که نسبتی از کل مالیت شرکت را به خود اختصاص داده است و ثانیاً مطابق قواعد مربوط به اموال مشاع، قابلیت تصرف توسط مالک را به نحو کامل دارد و می‌تواند مانند هر مال مشاع دیگری، موضوع عقود مختلف از جمله بیع و اجاره واقع شود.

با این توضیح مشخص می‌شود که اجاره سهام بر اساس این دیدگاه، کاملاً صحیح بوده و تملیک منافع می‌تواند مورد توافق واقع شود.

با تحلیل ارائه‌شده، عقد اجاره سهام صحیح خواهد بود. اما پرسش بعدی این است که کدام منافع از شرکت را می‌توان اجاره داد؟ به این سؤال در بحث آتی پاسخ خواهیم داد.

۱. برای نمونه، مطابق روش بهای تمام‌شده، دارایی ثابت مشهود پس از شناخت باید به مبلغ دفتری، یعنی بهای تمام‌شده پس از کسر هر گونه استهلاک انباشته و کاهش ارزش انباشته منعکس شود (بند ۲۸ استاندارد حسابداری شماره ۱۱)، در حالی که ممکن است ارزش روز دارایی مذکور، ده‌ها برابر بهای تمام‌شده باشد.

۶. منافع سهام

موضوع عقد اجاره، منافع عین معین است. بنا بر تعریف صاحب جواهر: «[عقد اجاره] لفظی انشایی، دال بر اجاره است و ثمره آن، تملیک منفعتی معلوم در مقابل تملیک عوض معلوم است» (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۰۴).

در اموال فیزیکی، این منافع به سادگی قابل تشخیص است؛ مثلاً منفعت خانه، سکونت در آن است و منافع درختان یک باغ، میوه‌های آن می‌باشد. اما هر گاه مال موضوع اجاره، غیر مادی باشد، تشخیص منافع آن با پیچیدگی همراه است. در مورد سهام نیز تعیین منافع که قابلیت اجاره دادن باشد، کار آسانی نیست.

اگر مطابق نظری که سهام شرکت را جزء مشاعی از شرکت به عنوان عینی معین می‌داند، تحلیل کنیم، منافع آن عبارت خواهد بود از حقوقی که به سهام‌دار تعلق می‌گیرد؛ زیرا این حقوق از سهم ناشی می‌شود. بنابراین حقوق دارندگان سهام را می‌توان منافع سهم نامید. حقوق‌دانان این حقوق را به دو بخش حقوق مالی و حقوق غیر مالی تقسیم می‌کنند (اسکینی، ۱۳۸۸: ۹۳/۲). حقوق مالی سهام‌دار به طور کلی عبارت‌اند از: الف- بهره‌مندی از سود سالیانه؛ ب- حق تقدم در خرید سهام جدید؛ ج- افزایش قیمت سهم در بازار. حقوق غیر مالی هم عبارت‌اند از: الف- حق اطلاع از وضعیت شرکت؛ ب- حق عضویت در شرکت؛ ج- حق رأی؛ د- حق انتقال سهم.

اما با دقت در حقوق مذکور می‌توان گفت که منافع سهم را نباید همان حقوق ناشی از سهم دانست و باید این حقوق را از هم تفکیک نمود. بعضی از این حقوق به واسطه رابطه سهام‌دار با شرکت ایجاد شده و ناظر به رابطه سهام‌دار با شرکت است و در مقابل، بعضی از این حقوق، بالذات زائیده سهم بوده و فارغ از روابط سهم با سهام‌دار یا سهام‌دار با شرکت می‌باشد. اما ضابطه تفکیک حقوق ذاتی سهم از حقوق غیر ذاتی آن چیست؟ برای تشخیص این دو دسته از حقوق، کافی است به سهم به عنوان یک «عین» نگریسته شود.

حقوق غیر مالی شامل: حق اطلاع از وضعیت شرکت، حق عضویت در شرکت، حق رأی و حق انتقال سهم، ارتباطی با ذات سهم ندارد؛ بلکه به واسطه مالکیت سهم

برای سهام‌دار به وجود آمده است و چنانچه سهم مالکی نداشته باشد و سهام‌داری در میان نباشد، حقوق غیر مالی نیز وجود نخواهد داشت. به تعبیر دیگر، حقوق مذکور نیاز به «ذوالحق» دارند و بدون او فرض ندارند؛ در حالی که حقوق مالی سهم، وابسته به سهام‌دار نبوده و از ذات سهم ناشی می‌شود. به عبارتی، چه سهام‌داری برای سهم باشد و چه نباشد، سود سالیانه به هر نوع سهم عادی تعلق می‌گیرد و نمی‌توان در خصوص سود، بین سهامی که مالک دارد و سهامی که مالک ندارد، تفکیک نمود (امین‌زاده، ۱۳۹۷: ۱۹۰-۱۹۱). همچنین افزایش یا کاهش قیمت بازاری سهم، ناشی از ذات سهم است و به تحت تملک بودن یا نبودن سهام ارتباطی ندارد.

بنابراین می‌توان ضابطه و ملاک تشخیص منافع ذاتی سهم از غیر آن را در رابطه منافع با سهام‌دار تعریف کرد؛ با این بیان که چنانچه منفعت مورد نظر بدون وجود سهام‌دار، برای سهم فرض شود، آن منفعت ذاتی سهم است، اما چنانچه منفعت مدّ نظر، وابسته به وجود سهام‌دار باشد و بدون وجود او قابل تصور نباشد، نباید آن منفعت را ذاتی سهم دانست.

بر اساس همین ضابطه، حق تقدم ناشی از افزایش سرمایه را مورد بررسی قرار می‌دهیم. افزایش سرمایه بر اساس قانون تجارت به روش‌های مختلفی قابل انجام است. یکی از این شیوه‌ها، افزایش سرمایه از محل آورده نقدی است و چنانچه شرکت وضع مالی خوبی داشته باشد و دارایی آن بیش از سرمایه اسمی باشد، سهام‌داران جدید از ذخایر و اضافه قیمت دارایی شرکت استفاده می‌کنند و لذا در اساسنامه اغلب شرکت‌ها، این موضوع پیش‌بینی شده و برای سهام‌داران قبل از افزایش سرمایه، حق تقدم در خرید سهام جدید در نظر گرفته شده است (ستوده‌تهرانی، ۱۳۸۸: ۲۰۴-۲۰۵). مطابق مواد ۱۶۷ و ۱۶۸ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت، این حق تقدم می‌تواند به موجب تصمیم مجمع عمومی فوق‌العاده از کل سهام‌داران یا بخشی از ایشان سلب گردد. بنابراین حق تقدم مورد بحث صرفاً در مورد رابطه سهام‌داران با شرکت و برای جبران ضرر ناشی از اضافه شدن سهام‌داران جدید بوده و به ذات سهم ارتباطی ندارد. ضمن اینکه همان‌گونه که از نام آن هم پیداست، حقی است که به سهام‌دار داده می‌شود و لذا مربوط به ماهیت سهم و ذات آن نمی‌باشد.

در اجاره سهام، کلیه منافع اعم از ذاتی و غیر ذاتی، قابلیت انتقال دارند؛ چه به صورت کلی و چه به صورت انتقال بخشی از این منافع. همه این موارد، بستگی به توافق طرفین عقد اجاره دارد. ثمره تقسیم‌بندی مذکور در جایی است که اجاره سهام به صورت مطلق منعقد شده و خصوصیات منافع منتقل شده ذکر نشده و در این خصوص اختلاف به وجود آمده است. به نظر می‌رسد در این صورت، منافع ذاتی سهام را باید موضوع عقد اجاره دانست؛ زیرا قدر متیقن از منافع، منافع ذاتی است و در انتقال سایر منافع شک داریم که با جریان استصحاب عدم باید حکم به عدم انتقال صادر کرد.

اما آیا می‌توان در اجاره سهام، فقط سود سالیانه شرکت را موضوع عقد اجاره قرار داد؟ به بیان دیگر، در ضمن عقد اجاره شرط شود که همه منافع سهام اعم از مادی و غیر مادی متعلق به موجر بوده و صرفاً سود سالیانه سهام به مستأجر تملیک شود. علت شبهه از این جهت است که سود سالیانه سهام، امری احتمالی است و ممکن است که شرکت در پایان سال مالی و پس از حسابرسی، سودی تحصیل نکند و از آن طرف امکان دارد سود سرشاری به دست آورد. به نظر می‌رسد حتی در چنین فرضی، اجاره سهام صحیح خواهد بود. این فرض، قابل تشبیه به صورتی است که شخصی درختان باغی را فقط برای بهره‌برداری از میوه‌های آن اجاره می‌کند (موسوی خمینی، ۱۳۹۲: ۱۶۱۸/۱). همچنین فقها در فروع عقد اجاره بیان کرده‌اند که اگر شخصی زمینی را برای زراعت اجاره نماید و آفتی پیدا شود که حاصل آن را خراب کند، اجاره باطل نمی‌شود و این جریان موجب نقصی در اجرت نمی‌شود (همان: ۶۲۱). لازم به ذکر است که شرکت‌های بورسی در ابتدای سال مالی و قبل از شروع فعالیت سالیانه، سود سالیانه آتی خود را به وسیله محاسبات مشخص پیش‌بینی می‌کنند و غالباً پیش‌بینی انجام شده با اختلافی ناچیز در پایان سال محقق می‌شود. لذا سود سالیانه شرکت‌ها چندان هم مبهم نیست.

مسئله دیگری که در انعقاد عقد اجاره حائز اهمیت است، تعیین اجاره‌بهاست که لازم است ملاکی برای آن در نظر گرفت. به نظر می‌رسد تقویم بعضی از این منافع، از جمله منافع غیر مادی مانند حق رأی در مجامع، امری دشوار و در عین حال فنی باشد که نیاز به اظهارنظر کارشناسی دارد. اما در هر صورت با توافق طرفین می‌توان این حقوق را به هر مبلغی منتقل نمود.

لازم به ذکر است که آنچه سبب طرح موضوع اجاره سهام شد، انتشار اوراق اجاره مبتنی بر سهام بود و از آنجا که نرخ اجاره بها در اوراق بهادار اعم از اوراق اجاره و سایر اوراق، بر اساس نرخ سود سپرده بانکی تعیین می شود، تقویم منافع سهم اعم از مادی و غیر مادی وجهی ندارد؛ اما به هر حال با رفع مانع مذکور، چالش بعدی اوراق اجاره مبتنی بر سهام، چگونگی تعیین اجاره بها خواهد بود.

نتیجه گیری

حکم به صحت یا عدم صحت اجاره سهام که مبنای انتشار اوراق اجاره سهام است، منوط به تعیین ماهیت سهام است. بر اساس دیدگاهی که سهام را از سنخ حق می داند (اعم از حق عینی، حق دینی یا حق خاص)، اجاره سهام بی معنا خواهد بود؛ زیرا یکی از شرایط اجاره این است که مال موضوع اجاره عینی باشد که با انتفاع از آن عین باقی مانده و از بین نرود، در حالی که حق موضوعاً از این شرط خارج است.

اجاره سهام مطابق نظری که سهم را معرف و نمایانگر طلب سهام دار از شرکت دانسته و سهام را دین معرفی می کند نیز صحیح نخواهد بود؛ زیرا فاقد شرط پیش گفته می باشد.

مطابق نظری که قائل به عین بودن برگه سهام است، اجاره سهام به لحاظ حقوقی صحیح است؛ زیرا از برگه سهام، منافع منافی مانند بهره مندی از سود سالیانه، حق رأی در مجامع و... قابل تصور است که با استفاده از این منافع، عین مستأجره که همان برگه سهام باشد، باقی خواهد ماند. اما مسئله اینجاست که نظریه عینیت برگه سهام پذیرفتنی نیست؛ زیرا لازمه این دیدگاه آن است که دارنده سهم با تلف برگه سهم، دارایی خود را از دست بدهد، در حالی که برگه سهم، وسیله اثبات مالکیت است و سهام دار در صورت فقدان یا سرقت برگه سهم، مالکیت خود بر سهام را از دست نداده و با رجوع به شرکت سپرده گذاری مرکزی می تواند نسبت به چاپ مجدد برگه سهم اقدام نماید.

بنا بر نظر مشهور فقها که سهام شرکت، حاکی از حصه مشاعی از اموال و دارایی های آن است و سهام داران مالکان مشاع اموال شرکت می باشند، اجاره سهام به معنای اجاره حصه مشاعی از اموال فیزیکی شرکت بوده و صحیح خواهد بود. اما باید توجه داشت

که در موضوع مورد بحث، قصد اجاره کننده سهام، استفاده از منافع اموال شرکت نیست. از این رو، اگرچه مطابق قواعد و اصول فقهی و حقوقی، اجاره سهام بر اساس این نظر صحیح است، اما با مطلوب و مقصود موجر و مستأجر فاصله دارد و با سؤالات و ابهاماتی مواجه است.

در تحلیل دیگری از ماهیت سهام، شرکت به عنوان یک بنگاه اقتصادی، «مال اعتباری» فرض شده است که سهام جزء مشاعی از آن مال در نظر گرفته شده است. بر این مبنا، اجاره سهام صحیح خواهد بود؛ زیرا عین مستأجره عبارت خواهد بود از خود «شرکت» که تمام ویژگی‌های صحت عین مستأجره از جمله معین و معلوم بودن عین و منفعت، تفکیک منافع از اصل عین و قابلیت تسلیم را دارد. بنابراین مطابق این دیدگاه، ملاکات قانونی و شرعی اجاره سهام وجود دارد. لذا انتشار اوراق اجاره سهام صحیح خواهد بود.

پس از بررسی فروض عقد اجاره سهام مبتنی بر ماهیت آن، تعیین منافع سهام، جای بررسی دارد؛ اینکه در اجاره سهام، منافع سهم چیست؟ و کدام یک قابل واگذاری است؟ از آنچه گفتیم، مشخص شد که منافع سهام عبارت است از کلیه حقوقی که سهام‌دار در سهم دارد؛ اعم از حقوق مالی و غیر مالی. البته منافع ذاتی سهام، صرفاً بخشی از این حقوق خواهد بود که به ذات سهم تعلق داشته و فارغ از رابطه سهام‌دار با سهم است. در موارد شک و تردید نسبت به انتقال منافع سهام به مستأجر باید به قدر متیقن که همان منافع ذاتی سهام است، اکتفا نمود.

کتاب‌شناسی

۱. اسکینی، ربیعا، *حقوق تجارت؛ شرکت‌های تجاری*، جلد اول، ویرایش نهم، تهران، سمت، ۱۳۸۴ ش.
۲. همو، *حقوق تجارت؛ شرکت‌های تجاری*، جلد دوم، ویرایش دوازدهم، تهران، سمت، ۱۳۸۸ ش.
۳. امین‌زاده، سیدمحمد، «تحلیل حقوقی سهام خزانه در بازار سرمایه ایران با تکیه بر ماهیت سهام»، *دوفصلنامه تحقیقات مالی اسلامی*، سال هشتم، شماره ۱ (پیاپی ۱۵)، پاییز و زمستان ۱۳۹۷ ش.
۴. باریکلو، علی‌رضا، «ماهیت سهم و بازخرید آن توسط شرکت صادرکننده»، *پژوهشنامه حقوق و علوم سیاسی*، سال اول، شماره ۱، تابستان ۱۳۸۵ ش.
۵. جعفری خسروآبادی، نصرالله، و سیدمرتضی شهیدی، «بازپژوهی فقهی - حقوقی ماهیت اوراق سهام و قرارداد واگذاری آن»، *دوفصلنامه تحقیقات مالی اسلامی*، سال پنجم، شماره ۱ (پیاپی ۹)، پاییز و زمستان ۱۳۹۴ ش.
۶. حسینی سیستانی، سیدعلی، *رساله توضیح المسائل*، قم، دفتر معظم‌له، بی‌تا.
۷. حلّی، شیخ حسین، *بحوث فقهیه*، بیروت، دار الزهراء، ۱۳۸۴ ق.
۸. رشتی، میرزا حبیب‌الله بن محمدعلی، *کتاب الاجاره*، بی‌جا، بی‌تا، ۱۳۱۱ ق.
۹. ستوده تهرانی، حسن، *حقوق تجارت*، تهران، دادگستر، ۱۳۸۸ ش.
۱۰. شیخ‌الشریعه اصفهانی، فتح‌الله بن محمدجواد نمازی، *رساله فی تحقیق معنی البیع*، قم، دار الکتاب، ۱۳۹۸ ق.
۱۱. صقری، محمد، *حقوق بازرگانی شرکت‌ها*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰ ش.
۱۲. طباطبایی زدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، *العروة الوثقی*، چاپ هشتم، قم، دار التفسیر، ۱۴۲۸ ق.
۱۳. همو، *حاشیه المکاسب*، قم، اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ق.
۱۴. عبدی‌پور فرد، ابراهیم، *مباحث تحلیلی از حقوق تجارت*، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۳ ش.
۱۵. عیسی تفرشی، محمد، *مباحث تحلیلی از حقوق شرکت‌های تجاری*، ویرایش اول، تهران، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۷۸ ش.
۱۶. عیسی تفرشی، محمد، و ابراهیم شعاریان ستاری، «سهم و حقوق ناشی از آن در شرکت‌های سهامی»، *پژوهش حقوق عمومی*، سال چهارم، شماره ۷، زمستان ۱۳۸۱ ش.
۱۷. عیسی تفرشی، محمد، و رضا سکوتی نسیمی، «بیع سهام شرکت‌های سهامی»، *مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز*، ویژه‌نامه حقوق، سال بیست و یکم، شماره ۲ (پیاپی ۴۱)، تابستان ۱۳۸۳ ش.
۱۸. غروی نائینی، میرزا محمدحسین، *المکاسب والبیع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۱۹. فیوزی، فرانک، فرانکو مودیلیانی، و مایکل فری، *مبانی بازارها و نهادهای مالی*، ترجمه حسین عبده تبریزی، تهران، آگاه، ۱۳۷۶ ش.
۲۰. فرحناکیان، فرشید، *قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی*، ویرایش اول، تهران، میزان، ۱۳۸۷ ش.
۲۱. کاتوزیان، ناصر، *دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ اموال و مالکیت*، ویرایش بیست و چهارم، تهران، میزان، ۱۳۹۳ ش.
۲۲. کاشف‌الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر، *انوار الفقاهه (کتاب الاجاره)*، نجف، مؤسسه کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲ ق.
۲۳. کاوند، مجتبی، رضا میرزاخانی، و مجید پیره، *بازار سرمایه اسلامی؛ اوراق اجاره مبتنی بر سهام* (خبرنامه)، تهران، سازمان بورس و اوراق بهادار، ۱۳۹۶ ش.

۲۴. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۲۵. مجتهد، احمد، و علی حسن زاده، پول و بانکداری و نهادهای مالی، تهران، پژوهشکده پولی و بانکی، ۱۳۸۴ ش.
۲۶. موسوی خمینی، سیدروح الله، تحریر الوسیله، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۹۲ ش.
۲۷. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، موسوعة الامام الخوئی، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۱۸ ق.
۲۸. موسویان، سیدعباس، بازار سرمایه اسلامی (۱)، تهران، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۱ ش.
۲۹. موسویان، سیدعباس، حسین حسن زاده سروستانی، و هاشم نیکومرام، «تحلیل سهام عادی شرکت های پذیرفته شده در بورس اوراق بهادار تهران در جایگاه مبیع در عقد بیع بر اساس فقه امامیه»، دوفصلنامه تحقیقات مالی اسلامی، سال چهارم، شماره ۱ (پیاپی ۷)، پاییز و زمستان ۱۳۹۳ ش.
۳۰. موسویان، سیدعباس، و سعید فراهانی فرد، «اوراق بهادار اجاره (صکوک اجاره)»، فصلنامه اقتصاد اسلامی، سال ششم، شماره ۲۴، زمستان ۱۳۸۵ ش.
۳۱. موسویان، سیدعباس، و سیدعلی اصغر رحیمی، «ماهیت حقوقی و شرایط ارکان اوراق بهادار اجاره»، فصلنامه حقوق اسلامی، سال نهم، شماره ۳۲، بهار ۱۳۹۱ ش.
۳۲. نحفی، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۳۳. نظرپور، محمدنقی، و سیدعبدالله صادقی فدکی، «بررسی ماهیت فقهی و حقوقی و سود علی الحساب اوراق مشارکت»، فصلنامه حقوق اسلامی، سال هفتم، شماره ۲۵، تابستان ۱۳۸۹ ش.
۳۴. نعمت اللهی، اسماعیل، «تحلیل فقهی حق عینی و حق دینی و مفاهیم مرتبط»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال دوم، شماره ۳، زمستان ۱۳۸۹ ش.

چالش‌های فراروی مبانی تحولات مالکیت اراضی پس از انقلاب اسلامی*

- بیگرد تیموری^۱
- شهرام محمدی^۲

چکیده

پدیده‌های اجتماعی با تحول پدیده‌های پیشین به وجود آمده‌اند. نظام حقوقی و نیروی سیاسی هیچ کدام به تنهایی پاسخگوی تمامی واقعیت‌های اجتماعی نیستند. پایه‌های قانون در ریشه‌های اصلی اجتماع شکل گرفته و نمی‌توان قانون را جدای از اجتماع تحلیل کرد. آنچه در ایران پس از انقلاب اسلامی در حوزه قانون‌گذاری با موضوع مالکیت اراضی روی داد، به نوعی تعجیل برای ارائه راه حل و پاسخگویی به انتظارات مردم انقلابی با تکیه بر دیدگاه‌های فقهی و انقلابی بود. قانون‌گذاری نوین، آخرین نتیجه عقلا به اعتبار تجارب و در پناه فقه به سود عده‌ای از افراد جامعه بود. چالش‌های فراروی مبانی

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۸/۲۶ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۲/۳.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد سنندج، سنندج، ایران
(beegard@yahoo.com).

۲. استادیار، گروه حقوق، دانشگاه کردستان، سنندج، ایران (نویسنده مسئول)
(sh.mohammadi@uok.ac.ir).

تحولات مالکیت اراضی، در مسائل بسیاری منشأ بحث بوده و برای تحلیل آن باید سوابق موضوع را بررسی کرد و با نظام فقهی و حقوقی تطبیق داد. در این راستا با شناسایی همین چالش‌ها، مبانی تحولات مالکیت اراضی مورد تحلیل قرار می‌گیرد. هدف صرفاً کشف قواعد فقهی به عنوان مبنا نیست. این مقاله به تحلیل فرضیه تأثیر مطلق دیدگاه‌های انقلابی بر سلب مالکیت خصوصی و اقطاع مالکیت عمومی پرداخته است. در نهایت نتیجه‌ای که حاصل می‌گردد، بیانگر تأثیر دیدگاه‌های انقلابی در کنار اوضاع و احوال اجتماعی و اقتصادی و سیاسی بر تحولات مالکیت اراضی پس از انقلاب اسلامی می‌باشد.

واژگان کلیدی: فقه و حقوق، تحولات، مالکیت اراضی، سلب، اقطاع، مشروعیت، اقتصاد اسلامی.

مقدمه

یکی از مسائل مطرح در حوزه فقه و حقوق، مالکیت زمین است. مالکیت رابطه اعتباری بین مالک و ملک است که قابلیت سلب و تحدید و انتقال و یا اقطاع و واگذاری دارد. مالکیت با استیلا آغاز گردیده و ماهیت و حقیقت آن با سلطه خارجی بر شیء و تعلق چیزی یا شیئی به کسی در عالم خارج بر مبنای سلطه متعارف که ممکن است در مواردی با تصرف و ید صورت گیرد، محقق می‌شود. مالکیت کامل‌ترین حقی است که شخص می‌تواند بر مالی داشته باشد. در بعضی تعاریف به جای واژه (شخص) از واژه انسان استفاده شده است که خالی از ایراد نیست؛ زیرا مالکیت صرفاً در خصوص انسان کاربرد ندارد و دولت و سایر اشخاص خصوصی نیز می‌توانند به نوعی مالک محسوب شوند.

زمین در برخی جوامع و در مقاطعی از تاریخ بشر، وسیله تأمین امنیت غذایی و بقای جامعه بوده و از همین رو به عنوان یکی از مهم‌ترین عوامل تضمین‌کننده تداوم حیات بشر مورد توجه حکومت‌ها قرار گرفته است. در دوران انقلاب اسلامی ایران، اهمیت زمین به اشکال مختلف در میان مردم و حکومت به ظهور رسید. از مسائل مطرح در این دوران می‌توان به غصب اراضی توسط عده‌ای از مردم به خصوص کشاورزان اشاره نمود. کشاورزان بی‌زمین تنها به اراضی دارای مالک تعرض نکردند، بلکه اراضی

عمومی و متعلق به حکومت (امام، دولت) نیز از تصرف مصون نماند. قانون‌گذار پس از انقلاب اسلامی، مالکیت مشروع تعدادی از مالکان را با جعل حکم ثانویه به استناد قاعده فقهی که در ادامه توضیح داده خواهد شد، به متصرفان کم‌زمین یا بی‌زمین داد و مالکیت مالکان اصلی سلب یا تحدید گردید.^۱ عده‌ای از کنشگران اجتماعی خارج از حاکمیت در بعضی از مناطق، روستاییان را به این باور متمایل کرده بودند که کشت و کار بدون اجازه در اراضی دیگران، در حکم اطاعت از امر امام در جهت توسعه میزان کشت است؛ زیرا توسعه میزان کشت یکی از اولویت‌های اقتصادی حکومت در آن دوران بود. بعضی افراد با نشر اعلامیه و سخنرانی، با تأویل و تفسیر شخصی از قاعده «الزرع للزارع ولو كان غاصباً»، این تفکر را میان روستاییان رواج می‌دادند که شخم زدن و بذر پاشیدن در زمین دیگری ولو به زور، تا زمان برداشت محصول مجاز است. این در حالی بود که وفق نظر علما در آن زمان:

«غاصب باید فوراً زمین مغضوب را به صاحبش رد کند و صاحب زمین می‌تواند کشت او را حتی قبل از موعد برداشت، از زمین خود تخلیه کند» (موسوی خمینی، ۱۳۷۸: ۲۵۷/۱۰).

به نظر می‌رسد این مطلب می‌تواند دلیلی برای عدم تأیید فقها نسبت به قسمتی از اقدامات انقلابیون در مسئله زمین به شمار آید. اما تعجیل در چاره‌اندیشی موجب اقدامات اصلاحی زیاد و عدم ثبات قوانین شد. از جمله در طرح قانون نحوه احیاء و واگذاری اراضی کشاورزی و تشکیل هیئت‌های هفت نفره در اجرای بندهای «الف، ب، ج، د» و جواز واگذاری اراضی موات و منابع ملی بایر و دایر، و پس از مدتی کوتاه، توقف اجرای بندهای «ج و د» به فرمان امام خمینی برای رفع مشکلاتی که در اجرای این دو بند به وجود آمده بود، می‌تواند از نشانه‌های تعجیل قانون‌گذار بدو انقلاب در برخورد با مسئله مالکیت باشد که نشان‌دهنده ضرورت تحقیق است.

حقوق اسلامی یکی از منابع مهم نظم حقوقی در ایران بوده و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، به طور رسمی حقوق اسلامی را به جامعه ایران آورد و نهادهای

۱. قانون واگذاری زمین‌های بایر و دایر که بعد از انقلاب به صورت کشت موقت در اختیار کشاورزان قرار گرفت.

حقوقی را در خدمت موازین اسلامی گرفت.^۱ از سوی دیگر به باور برخی علما در شروع انقلاب، تبلیغات افرادی که اقتصاد شرق را ترویج می‌کردند یا کنشگران اجتماعی خارج از حاکمیت، اثر نامطلوبی در جو اسلامی گذاشت و افکار التقاطی به شدت رواج یافت و اصول اسلامی و مسلمات و ضروریات در میان جوانان رنگ باخت و مالکیت خصوصی را به ویژه در مورد زمین محترم نمی‌دانستند و حتی با فرض قبول مالکیت، مالکیت خصوصی را محدود می‌نمودند (احمدی میانجی، ۱۴۲۴: ۱۹). این‌ها چالش‌هایی هستند که مبانی تحولات را شکل داده و این فرضیه را تقویت می‌کنند که در پاره‌ای موارد، سلب مالکیت خصوصی علی‌رغم تمسک به قواعد فقهی، فاقد صبغه اسلامی و میزان شرعی باشد.^۲

سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا تحولات مالکیت پس از انقلاب اسلامی، به طور مطلق متأثر از دیدگاه‌های انقلابی است یا علاوه بر آن، اوضاع و احوال اجتماعی و اقتصادی و سیاسی بدو انقلاب در تحولات مالکیت نقش داشته است؟

۱. اصل چهارم قانون اساسی: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است».

۲. امام خمینی: «من حقیقتاً نگران هستم. من نگران اسلام هستم. ما اسلام را از چنگ محمدرضا درآوردیم و من خوف این را دارم که اسلام به چنگ ما مبتلا شده باشد. آدم‌های جاهلی هستند که به خیال خودشان خدمت می‌کنند برای اسلام، خدمت می‌کنند، لکن سر خود کارهایی می‌کنند که ضرر به حیثیت اسلام می‌خورد. همان طوری که در رژیم سابق بدون میزان اسلامی و شرعی عمل می‌کردند، حالا هم بدون میزان شرعی و عقلی عمل می‌کنند، و این تأسف بسیار دارد. تأسف اینکه این نهضت به دست خود ما نهضت اسلامی نباشد. انقلاب کردیم و هر کاری دلمان می‌خواهد می‌کنیم. حجتشان این است که انقلاب کرده‌ایم. زمین‌های مردم را می‌گیرند می‌دهند دست یکی دیگر. حجتشان این است که انقلاب کردیم. کارهای کمونیست‌ها را می‌کنند به اسم اسلام. کارهای مارکسیست‌ها را می‌کنند به اسم اسلام. حرف‌های آن‌ها را می‌زنند به اسم اسلام. آن‌هایی که به اسم اسلام مشغول شده‌اند به تبلیغات، و به اسم اسلام مشغول شده‌اند به اعمال سر خودی، این‌ها کرم‌هایی هستند که باطن این نهضت را به فساد خواهند کشید. تمام ضوابط را به هم ریخته‌اند. هر چه ضابطه اسلامی باشد، عمل به آن نمی‌شود. به اسم اسلام، اسلام را دارند از بین می‌برند... مع‌ذلک کراراً برای من نوشته‌اند، گفته‌اند که فلانی بیخود اموالش را گرفته‌اند. حالا بیخودش را من نمی‌دانم. اما آمده‌اند فرش از زیر پای ما کشیده‌اند و ما را از منزلمان بیرون کرده‌اند و چه کرده‌اند و ما مانده‌ایم همین طوری. آخر این را عقل می‌پسندد؟ شرع می‌پسندد؟ انسانیت می‌پسندد که ما یک همچو کاری سر مردم درآوریم...» (موسوی خمینی، ۱۳۵۸: ۱۱/۳۱۲-۳۱۸: <<https://farsi.rouhollah.ir/library/sahifeh-imam-khomeini/vol/11/page/315>>).

اهمیت موضوع و توجه به چالش‌های موجود در اوایل انقلاب در بند پنجم^۱ از فرمان هشت ماده‌ای^۲ در رابطه با ممنوعیت دخل و تصرف در مال و حق افراد، چه منقول و چه غیر منقول مگر به حکم حاکم شرع، آن هم پس از بررسی دقیق و ثبوت حکم از نظر شرعی مورد اشاره و تأکید قرار گرفته است.

به نظر می‌رسد حاصل افکار التقاطی را می‌توان در مشروعیت بخشیدن به تصرفات غیر مالکان و سلب حق مالکیت مالکان ملاحظه کرد. منظور در غیر از موارد مصادره، اموال غیر منقولی است که مالکیت مشروع پس از رسیدگی و تحقیق و ثبوت شرعی در آن اثبات نشده و موضوع اصل چهل و نهم قانون اساسی^۳ قرار گرفته است.

امکان دارد برای توجیه پاره‌ای مصوبات در اوایل انقلاب، به دلایلی از این قبیل استناد شود؛ برای نمونه، بحران‌های جامعه و انقلاب، نیازهایی را به ظهور رسانید که می‌طلبید این نیازها در تدوین قوانین مورد توجه قرار گیرد؛ و یا اینکه قانون، حقوق فردی را در ایام عادی تضمین می‌کند، اما همزمان با انقلاب و در زمان شکل‌گیری یا برای استمرار بقای دولت، با استناد به قاعده «ترجیح اهم بر مهم»، مالکیت خصوصی نادیده گرفته می‌شود؛ و یا اینکه در جریان انقلاب، قانون و سیاست نمی‌تواند به صورت کاملاً کنترل‌شده و هماهنگ عمل نمایند؛ هرچند اعمال سیاست بدون در نظر گرفتن قاعده حقوقی، مشروعیت حکومت را نیز ممکن است زیر سؤال ببرد (گرجی از نندربانی، ۱۳۹۵: ۱۳). تقویت دیدگاه‌های یادشده در زمان تصویب تعدادی از قوانین، منجر به

۱. «هیچ کس حق ندارد در مال کسی، چه منقول و چه غیر منقول، و در مورد حق کسی دخل و تصرف یا توقیف و مصادره نماید، مگر به حکم حاکم شرع، پس از بررسی دقیق و ثبوت حکم از نظر شرعی».

۲. امام خمینی در ۱۳۶۱/۹/۲۴، فرمان ۸ ماده‌ای خطاب به قوه قضاییه و ارگان‌های اجرایی کشور صادر نمود که در زمینه حقوق خصوصی، حقوق بشر و حقوق شهروندی در مقابل حکومت و قدرت، به عنوان «منشور کرامت انسان» نام‌گذاری گردیده و به حرمت حقوق افراد و رعایت قانون در برخورد با حقوق شرعی مدنی تأکید دارد.

۳. اصل ۴۹ قانون اساسی: «دولت موظف است ثروت‌های ناشی از ربا، غصب، رشوه، اختلاس، سرقت، قمار، سوءاستفاده از موقوفات، سوءاستفاده از مقاطعه‌کاری‌ها و معاملات دولتی، فروش زمین‌های موات و مباحات اصلی، دایر کردن اماکن فساد و سایر موارد غیر مشروع را گرفته و به صاحب حق رد کند و در صورت معلوم نبودن او به بیت‌المال بدهد. این حکم باید با رسیدگی و تحقیق و ثبوت شرعی به وسیله دولت اجرا شود».

اعتراضات مردم و نمایندگان مجلس شورای اسلامی نیز گردید؛^۱ چرا که برای رسیدن به عدالت^۲ نه تنها توجه به فقه و حقوق، بلکه توجه به تاریخ، جامعه‌شناسی، اقتصاد اسلامی و دیگر علوم لازم و ضروری است.

هدف این تحقیق صرفاً کشف قواعد فقهی به عنوان مبنا نیست؛ بلکه تحلیل مبانی تحولات مالکیت پس از انقلاب نظیر دیدگاه‌های انقلابی، اوضاع و احوال اجتماعی، اصول و قواعد فقهی، حقوق اسلامی، مباحث اقتصاد اسلامی و نیز نتایج و آثار آن‌ها بر تحدید یا سلب مالکیت و الزامات ناشی از تحولات زمانی بر قاعده «الناس مسلطون علی أموالهم» مورد نظر می‌باشد. برای بررسی مبانی تحولات در مالکیت اراضی، ابتدا به تعریف و دسته‌بندی مالکیت در فقه و حقوق، اراضی از دیدگاه فقهی و حقوقی، تأثیر فقه و حقوق بر سلب مالکیت خصوصی زمین، به علاوه قواعد فقهی مؤثر در تحولات، از جمله قواعد ضرورت و مصلحت پرداخته می‌شود. سپس به سوابق و چگونگی اقطاع مالکیت عمومی پرداخته خواهد شد. سرانجام در نهایت، تأثیر دیدگاه‌های انقلابی و اوضاع و احوال اجتماعی و اقتصادی بر تحولات تشریح خواهد گردید و در انتها، نتیجه مباحث ارائه خواهد شد. این مقاله یک پژوهش نظری است که با روش توصیفی - تحلیلی به نوعی پژوهش بنیادی تلقی می‌گردد که با پرداختن به ماهیت پدیده‌های اجتماعی و اقتصادی و فقهی و حقوقی و روابط بین آن‌ها، به اصلاح مرزهای حقوق مالکیت کمک می‌نماید. همچنین از روش‌های استدلال و تحلیل عقلانی بهره‌گیری شده و نیز فواید پژوهش علمی و کاربردی را نیز داراست که با استفاده از نتایج تحقیقات برای بهبود و کمال رساندن قوانین و جامعه تلاش می‌شود.

۱. سابقه مالکیت و دسته‌بندی آن در فقه و حقوق

به هر چیزی که انسان بتواند از آن استفاده کند و قابل تملک باشد، مال گفته می‌شود.

۱. «مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی»، دوره ۲، جلسه ۳۲۸، روزنامه رسمی، شماره ۱۲۱۴۷.
۲. «العدل قوام الرعیة وجمال الولاية» (آمدی، ۱۴۲۹: ۴۵۰)؛ عدالت برپادارنده مردم و زیور حکمرانان است.

در لغت عربی، مال از ریشه «مول»^۱ است. ملک در لغت فارسی به آنچه که در قبضه و تصرف شخص باشد و زمین یا چیز دیگر که مال شخص باشد (عمید، بی‌تا)، اطلاق می‌شود. در فقه:

«والمالك: ما ملكت الید من مال وخول» (مطلوب، بی‌تا: ۶۴۴)؛ ملک، چیزی از قبیل مال و بنده است که ید آن را تملک کرده است.

مالک در لغت فارسی به کسی که صاحب چیزی باشد و می‌تواند در آن تصرف کند و کسی که دارای زمین کشاورزی، کارگر و رعیت بسیار است و ارباب، اطلاق می‌شود (عمید، بی‌تا).

مالکیت در لغت فارسی، مالک بودن (دهخدا، بی‌تا) و حقی است که انسان نسبت به شیئی دارد و می‌تواند هر گونه تصرفی در آن بکند، به جز آنچه که مورد استثنای قانون باشد (معین، بی‌تا). «مراد از مالکیت، اختصاص مالی به مالک است؛ به گونه‌ای که بر هر نوع تصرف مشروع در آن، استیلا و سلطنت داشته باشد» (عمید زنجانی، بی‌تا: ۲۲۰/۱). در حقوق، به «حق استعمال و بهره‌برداری و انتقال یک چیز به هر صورت، مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد. ماده ۳۰-۳۱ ق.م.ا.» (جعفری لنگرودی، بی‌تا: ۵۹۹، واژه مالکیت شماره ۴۷۱۳) مالکیت گفته می‌شود؛ هر چند که در قانون، تعریفی از آن ارائه نشده است.

از دیدگاه حقوق خصوصی، مالکیت باید کامل‌ترین حقی باشد که انسان بر مالی دارد و گویای رابطه‌ای باشد که بین شخص و شیء مادی تصور شده و اعتبار آن مورد تأیید قانون قرار گرفته است؛ مالکیت حقی است که یک چیز را مطلقاً و منحصراً و به طور دائمی در تصرف و انتفاع یک شخص قرار می‌دهد و این همان تعبیر مالکیت مورد نظر در حقوق خصوصی است. مالکیت یکی از حقوق بنیادین و از ارکان اقتصاد اسلامی محسوب می‌گردد به همین جهت در فقه سیاسی مورد بحث فقها قرار گرفته است (مطهری، بی‌تا: ۵۱).

از دیدگاه حقوق عمومی، تقدم مصلحت اجتماعی بر مالکیت فردی ممکن است

۱. در اصل به طلا و نقره گفته شده است.

قابل توجیه باشد، اما اجتماع بشری مستلزم آن است که از یک سلسله مقررات موضوعه تبعیت گردد تا حقوق بنیادی انسان دستخوش تعرض قرار نگیرد.

سلب مالکیت در لغت فارسی، به قهر گرفتن چیزی از کسی را گویند. ادات سلب همچون «لیس، لا، لم، لن، ما» در عربی، و «نیست، نه، دیگر، دیگری» در فارسی و در جمله یا کلمه درمی آیند و مدخول خود را منفی می‌سازند. سلب مالکیت به معنای انتزاع مالکیت یا از بین بردن مالکیت (دهخدا، بی تا) به کار برده می‌شود. در حقوق برای از بین بردن وصف دائمی بودن حق مالکیت و زوال آثار آن با اضافه نمودن سلب، اصطلاحی ایجاد می‌شود که اختیارات مالکانه شخص نسبت به دارایی‌اش را از بین می‌برد. تملک قهری ملک در مواردی از جمله در مورد زمین‌هایی به اجرا درآمد که علی‌رغم سابقه احیاء، به علت اعراض و عدم بهره‌برداری بدون عذر موجه و متروک ماندن برای مدت ۵ سال متوالی در شمول زمین‌های بایر قرار گرفته و سبب محرومیت و تحدید و سلب پاره‌ای از حقوق مالکان خصوصی آن اراضی گردید.

پس از پیروزی انقلاب اسلامی و با رویکردهای انقلابی و گاهی برگرفته از فقه و نیز به جهت انتظاراتی که جامعه انقلابی مخصوصاً توده‌های فقیر مردم از حکومت انقلابی داشتند، در اثر تحدید و سلب مالکیت خصوصی زمین، دعاوی زیادی در محاکم مطرح شد؛ زیرا عده‌ای در اثر وضع قوانین شتاب‌زده، از حقوق بنیادی خود محروم شدند. تعدادی از این قوانین در یک برهه زمانی با شتاب به اجرا درآمدند و در مدت کوتاهی متروک ماندند و تعدادی دیگر از آن قوانین همچنان معتبرند و مقید به زمان خاصی نمی‌باشند.

از جمله جنبه‌های مجهول مسئله این است که آیا صاحبان فکر و نمایندگان مجلس شورای اسلامی، در محدوده زمانی مورد بحث برای تصویب قوانین، تسلیم شعارهای انقلابی شدند؟ آیا می‌توان مبانی تحولات مالکیت اراضی پس از انقلاب را بازگشت به مبانی تحولات در قبل از انقلاب تلقی کرد؟ به نظر می‌رسد دغدغه رفع محرومیت از کشاورزان، سبب بازگشت به نظرات قانون اصلاحات ارضی گردید؛ زیرا یکی از اهداف قانون اصلاحات ارضی نیز متعادل نمودن توزیع ثروت در جامعه بود. این در حالی است که پس از انقلاب، فقها به جهت دخالت بدون مجوز در حقوق مالکانه،

اعتقاد به غیر شرعی بودن قانون اصلاحات ارضی داشتند.

مطلبی که اشاره به آن، کمک شایانی به فهم صحیح موضوع خواهد کرد، این است که در حقوق مالکیت برای ارتقاء نظام‌های مختلف اجتماعی و نظام اقتصادی، مالکیت خصوصی بر مالکیت عمومی ارجحیت دارد و استحکام حقوق مالکیت، رفاه اجتماعی را بالا می‌برد. بنابراین در یک اجتماع متعادل، احترام به سلطنت مالکیت به عنوان کامل‌ترین و بنیادی‌ترین حق و عامل تضمین‌کننده تداوم حیات جامعه و فرد باید مورد توجه حکومت قرار گیرد. منظور از مالکیت خصوصی، رابطه اختصاصی میان انسان (شخص یا گروه) با مالش می‌باشد که بدون ایجاد ممنوعیت یا محدودیت انتفاع از طرف دیگران باشد که هم شامل مالکیت فردی است و هم مالکیت گروهی، و در حالت اخیر، مالکیت مفروز و مشاع را نیز شامل می‌شود. عده‌ای از فقها دو اصطلاح مالکیت شخصی و مالکیت خصوصی را از اصطلاحات معاصر می‌دانند و بر این باورند که در فقه اسلامی، این اصطلاح وجود ندارد (گرامی، ۱۳۸۶: ۳۰).

در مرتبه اول از رابطه مالکیت، اولویت طبیعی تکوینی قرار دارد و تصرف، سبب اختصاصی خارجی آن است. پیچیدگی روابط بشری در اثر گذشت زمان، مالکیت را وارد مرحله اولویت اعتباری تشریحی که جزء امور اعتباری است، نمود. بنابراین مالکیت در مرحله اول نظیر امور عینی خارجی بوده است، نه از قبیل امور اعتباری که در عالم اعتبار قرار گرفته باشد (ولویون، ۱۳۹۴: ۱۲). پس ماهیت و حقیقت همان سلطه خارجی بر شی و اختصاص آن به شخص در عالم خارج است بر مبنای یدی که هر موقع مالک قصد کند، عین در اختیارش باشد و بر آن سلطه اعتباری داشته باشد. اندیشه و نظریه حقوق طبیعی، مالکیت خصوصی را از قواعد تغییرناپذیر، ثابت و ابدی و نشئت گرفته از طبیعت انسان می‌داند.

تعدادی از حقوق‌دانان، مالکیت^۱ را دارای سه وصف اساسی می‌دانند:
 ۱- مطلق بودن؛ ۲- انحصاری بودن؛ ۳- دائمی بودن (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۶۵/۱-۶۶). عده‌ای دیگر به جای به کار بردن وصف مطلق بودن، وصف جامع بودن را جایگزین نموده‌اند.

۱. مقصودشان همان مالکیت خصوصی بوده است.

از اوصاف ذکر شده صرفاً به عنوان اصل نام برده می‌شود؛ زیرا مفهوم مالکیت با تحول و تحدید مالکیت فردی به دلیل وجود قدرت حاکمیت، تغییر پیدا کرده است. اصل بر این است که مالکیت، حقی مطلق، انحصاری و دائمی باشد که شخص نسبت به مالی دارد و به او اجازه می‌دهد که از تمامی منافع اقتصادی آن بهره‌مند گردد (امامی، ۱۳۶۸: ۱۳۰). نتیجه آنکه از دیدگاه حقوق دانان در ارائه تعریفی از مالکیت خصوصی، سه وصف مورد اشاره، نقش اساسی ایفا کرده‌اند و برای اینکه تصویری از کامل‌ترین حق عینی شکل گیرد، با تکیه بر اعتبار اصل تسلیط و با پشتوانه فقه اسلامی، به عنوان اصل، مالک را منتفع از کلیه حقوق خود برای اجرای اعمال مادی و خارجی و حفظ و اداره ملکش، صاحب اختیار معرفی می‌کنند.

دسته‌بندی دیگری در فقه وجود دارد که انواع مالکیت را این گونه تقسیم کرده است:

۱- مالکیت حکومت، مانند انفال که ملک امام می‌باشد (ابن اثیر، ۱۴۰۹: ۹۹)؛ ۲- مالکیت امت؛ ۳- مالکیت جامعه؛ ۴- مالکیت گروه؛ ۵- مالکیت جهت؛ ۶- مالکیت خصوصی فرد^۵ (گرامی، ۱۳۸۶: ۲۹).

حقوق دانان با تحلیل حق مالکیت، عناصر آن را به این ترتیب بیان کرده‌اند: ۱- حق به کارگیری؛ ۲- حق بهره‌برداری؛ ۳- حق تصرف برای انتقال که هم شامل تصرف مادی است و هم تصرف قانونی.

با تحولات قانون‌گذاری در عرصه حقوق مالکیت و تصویب مقررات جدید، تصرف ناقله مالک محدود شده است. از مقررات محدودکننده می‌توان به ماده ۲ آیین‌نامه اجرایی موضوع ماده ۶ قانون جلوگیری از خرد شدن اراضی کشاورزی و ایجاد

۱. زمین‌هایی که با نیروی نظامی آزاد شده و به سرزمین اسلامی اضافه شده‌اند که اراضی مفتوح‌العنونه نامیده می‌شوند.

۲. عنوان جاده و خیابان بودن مدنظر است که متعلق به همه مردم است، نه اصل وجود زمین.

۳. فقرا در زکات، سهم مالکانه دارند.

۴. مثل عنوان اموال مسجد، که مسجد مالک محسوب می‌شود.

۵. در اقتصاد اسلامی به اموال زائد بر نیاز و ثروت انباشته فرد اطلاق شده است.

۶. این حق مطلق نیست؛ مثلاً استفاده مالک نباید موجب ضرر غیر متعارف دیگری گردد.

۷. انجام دادن هر کاری که برای به دست آوردن چیزهایی که حاصل شیء است، لازم باشد، توسط قانون‌گذار در مواردی مقید می‌شود.

قطعات مناسب فنی و اقتصادی اشاره نمود که مقرر کرده است:

«تفکیک، افراز، تقسیم و خرد شدن اراضی کشاورزی به قطعات کمتر از حد نصاب‌های فنی و اقتصادی ممنوع است».

اصل بر این است که مالک علاوه بر تصرفات ناقله، می‌تواند تصرفات استیفایی^۱ و تصرفات اصلاحی نیز در ملک خود داشته باشد؛ به عنوان نمونه‌ای از تصرفات اصلاحی، دیوارکشی زمین در گذشته برای مالک مجاز تلقی می‌شد، لکن در مقطعی از زمان بر اساس دستورالعمل تعیین مصادیق تغییر کاربری غیر مجاز موضوع ماده ۱۱^۲ تصویب‌نامه هیئت وزیران،^۳ دیوارکشی در صورتی که در اراضی زراعی و باغ‌ها و بدون رعایت ضوابط و مقررات مربوطه^۴ صورت گیرد و مانع از تداوم تولید و بهره‌برداری و استمرار کشاورزی شود، به عنوان مصداق تغییر کاربری تلقی می‌گردید که برای آن مجازات در نظر گرفته شده بود. همچنین اقدامات عملی از قبیل قطعه‌بندی که به کوچک شدن اراضی کشاورزی به کمتر از حد نصاب‌های فنی و اقتصادی منجر شود، ممنوع گردیده است.^۵

۲. اراضی از دیدگاه فقهی و حقوقی

در لغت فارسی، اراضی جمع ارض و در لغت به معنای قطعه معین از زمین می‌باشد (جعفری لنگرودی، بی‌تا: ۲۹)؛ اعم از اینکه دارای مالک باشد یا مالکی برای آن متصور نباشد. این اصطلاح ممکن است با واژه عرصه، ارتباط معنایی پیدا کند. واژه عرصه

۱. مانند زراعت یا کشت در زمین خویش.

۲. ماده ۱۱ قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها مصوب ۱۳۷۴/۳/۳۱ و اصلاحیه بعدی آن مصوب ۱۳۸۵/۸/۱: «وزارت جهاد کشاورزی موظف است در اجرای ماده ۱۰ قانون، ظرف یک ماه مصادیق اقداماتی که تغییر کاربری غیر مجاز بوده و جرم محسوب می‌شود را تهیه و ابلاغ نماید».

۳. تصویب‌نامه شماره ۵۹۸۷۹/ت/۳۷۱۱۰ مورخ ۱۳۸۶/۴/۱۹ هیئت وزیران.

۴. اخذ مجوز از کمیسیون تبصره ۱ ماده ۱ و یا موافقت سازمان جهاد کشاورزی در قالب طرح‌های تبصره ۴ الحاقی قانون مذکور حسب مورد.

۵. بر اساس بند ۱ ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی موضوع ماده ۶ قانون جلوگیری از خرد شدن اراضی کشاورزی و ایجاد قطعات مناسب فنی و اقتصادی (تصویب‌نامه شماره ۱۵۹۲۹۴/ت/۵۲۱۶۶ مورخ ۹۵/۱۲/۱۵ هیئت وزیران).

زمینی است مملوک که در مقابل اعیانی مورد استفاده قرار می‌گیرد. بنابراین واژه اراضی عام‌تر از عرصه است که دسته‌بندی‌های متنوع و مختلفی دارد؛ از جمله:

الف) اراضی بر مبنای موقعیت جغرافیایی در حوزه استحفاظی شهر، به اراضی شهری و غیر شهری تقسیم می‌شود.

ب) اراضی بر مبنای بهره‌برداری، به اراضی بایر، دایر، اراضی ملی و جنگل‌ها و موات دسته‌بندی می‌شود. این تقسیم مبتنی بر سابقه تصرف و عمران و آبادی اراضی است.

در فقه، اراضی به انفال، فیء، مفتوح‌العنوه، طوع و صلح، خراج و مباح تقسیم شده که هر کدام تعاریف و کاربردهای خاص دارند.

به تبعیت از تقسیم‌بندی مالکیت به اعتبار نوع آن، می‌توان اراضی را به اراضی خصوصی، اراضی عمومی و اراضی دولتی تقسیم نمود. در فقه، اراضی عمومی آن دسته از اراضی است که ملک خصوصی شخصی نیست، بلکه متعلق به تمام مردم است و قابل نقل و انتقال و تملک خصوصی نیست و عواید آن در تأمین مصالح اسلامی و نیازهای عمومی استفاده می‌شود. البته در موارد استثنایی به حکم قانون ممکن است در دسته اموال اختصاصی دولت قرار گیرد. در یک تقسیم‌بندی کلی می‌توان اراضی عمومی را به اراضی دولتی، اراضی نهادهای عمومی غیر دولتی و اراضی مشترکات عمومی^۱ دسته‌بندی کرد. حق مالکیت دولت بر اراضی دولتی، مشابه حق مالکیت افراد بر اراضی است.

اراضی شخصی در فقه به صورت زیر دسته‌بندی شده‌اند: الف- اراضی مواتی که به وسیله افراد، آباد و احیاء شده باشند؛ ب- اراضی که از طریق ارث یا اسباب قانونی دیگر به شخص انتقال یافته‌اند و همچنین کلیه زمین‌هایی که مالکان آنها به میل خود اسلام آورده‌اند؛ ج- اراضی صلح که صاحبان اصلی آنها مالکیت رسمی خود را بر آن اراضی در قرارداد صلح با مسلمانان قید کرده باشند (عمید زنجانی، ۱۴۲۱: ۲۲۲/۳).

۱. اموال و مشترکات عمومی برای استفاده مستقیم مردم و حفظ مصالح عمومی اختصاص داده شده است و توسط دولت اداره می‌شود؛ مانند راه عمومی که در قانون مدنی به طرق و شوارع عام و کوچه‌هایی که آخر آنها مسدود نیست، تعبیر شده است.

در زمان تدوین قانون مدنی، مرز بین حقوق خصوصی و عمومی قابل رسم بود. اما به نظر می‌رسد رفته رفته اعتدال حقوقی با التقاط حقوق خصوصی و عمومی از بین رفت و تحت تأثیر دیدگاه نوگرایان نظام قبلی، گروهی از مردم در اوایل انقلاب با این تفکر که سابقاً فقه نادیده گرفته می‌شد، برای رساندن فقه به جایگاه واقعی خود تلاش می‌نمودند و پس از انقلاب بر این باور بودند که فقه مقام شایسته خود را باز یافته و نظام حقوقی به اصل و ریشه خود برگشته است. پس همه راه‌ها را در فقه جستجو می‌نمودند.

۳. قواعد فقهی مؤثر در تحولات مالکیت

یکی از مباحث مهم فقهی و حقوقی در باب مالکیت، مسئله مالکیت اراضی است، که این مسئله در متون اسلامی و حقوقی به چند شکل مطرح شده است. مشروعیت مالکیت خصوصی از ضروریات فقه اسلامی است (جبعی عاملی، ۱۴۱۲: ۳۸۸/۶).

سلطنت از مفاهیم اعتباری به شمار می‌آید. سه مفهوم حق، سلطنت و ملکیت، از جمله مفاهیمی هستند که فقها بسیار به آن‌ها اهمیت داده‌اند. هرچند تعاریفی از این مفاهیم در فقه نیامده است، اما آثار آن‌ها در متون فقهی وجود دارد. در حقوق خصوصی به موضوعات سلطنت بر انفس، سلطنت بر حقوق و سلطنت بر مال پرداخته شده است. سلطنت دارای دو جنبه ایجابی و سلبی می‌باشد. در جنبه ایجابی سلطنت، شخص بر مایملک و تصرفات مالکانه خود سلطنت دارد و تنها در مواردی که به صراحت تصرفی برای مالک ممنوع شده باشد، می‌توان از قاعده تسلیط دست برداشت و در جنبه سلبی، هیچ شخصی نمی‌تواند به مایملک مالک تعرض کند.

قاعده تسلیط، حدود اختیارات مالک را تعیین می‌کند و بر طبق این قاعده که از حدیث نبوی «الناس مسلطون علی أموالهم»^۱ اخذ شده است، حق سلطه اشخاص بر اموالشان از احکام عقلایی است که توسط شارع امضا شده است و به موجب آن، مالکان حق هر گونه تصرفی اعم از حقیقی و اعتباری و حق حفظ مال خود و ممانعت

۱. مردم بر اموال خود مسلط هستند.

از مداخله و استیلاى ديگران بر آن را دارند (موسوى خمينى، ۱۴۰۳: ۱۷۷/۲). اين سلطه و تصرف بايد با رعايت «قاعده لاضرر» باشد. هنگام شك در جواز تصرف و تسلط مالك، با تمسك به اين قاعده، حكم به جواز مى شود.

لذا اشاره به دو قاعده فقهى كه در سلب يا تحديد حكم اوليه سلطنت مالك، مورد استناد قرار مى گيرند، ضرورى به نظر مى رسد:

۳-۱. تأثير قاعده ضرورت بر مالكيت اراضى

از ضرورت^۱ به عنوان عذرى نام برده شده كه باعث مى شود انجام امور ممنوعه مجاز تلقى گردد. اعمال تشريعى كه مباح باشد، در چهارچوب آزادى عمل دولت قرار دارد. فقها در موارد گوناگون به قواعد فقهى «الضرورات تبيح المحظورات»،^۲ «رفع ما اضطرّوا»^۳ و «ما ابيح للضرورة يتقدّر بقدرها»^۴ استناد نموده اند. ولى امر اجازه دارد كه هر فعاليت و اقدامى را كه حرمت و يا وجوبش صريحاً اعلام نشده است، به عنوان دستور ثانويه ممنوع و يا واجب الاجرا اعلام نمايد.^۵ فرمان ولى امر نبايد با فرمان خدا و احكام عمومى تعارض داشته باشد (صدر، ۱۳۴۹: ۲/۲).

اضطرار، ممنوعيت قانونى را كه با هدف مصالح ويژه اى مقرر شده است، چنانچه مصلحت مربوط به موارد اضطرار قوى تر باشد، از بين مى برد (جعفرى لنگرودى، ۱۳۶۸: ۵۶-۵۷). ابزار كار حاكم اسلامى براى اداره و انضباط جامعه، جعل احكام ثانويه و احكام حكومتى مى باشد كه در شرايط خاص از حكم اول صرف نظر کرده و تحت عناوينى مانند اضطرار و ضرورت و امثال آن، احكام ثانويه جعل مى نمايد.^۶

پس از انقلاب، حكم حرمت سلطنت مالك در مواردى با تشخيص قانون گذار

۱. ضرورت در لغت به معنای نیازمندی، تنگدستی و ناچاری (الیاس، ۱۳۵۸: ۳۹۱) و سختی و حاجتی که گریزی از آن نیست، معنا شده است (ابوجیب، ۱۴۰۸: ۲۲۳).
۲. جزء نصوص شرعی نیست.
۳. محتوای حدیث رفع می باشد.
۴. به قدر ضرورت می توان مرتکب امر ممنوع گردید (جعفری لنگرودى، ۱۳۶۸: ۴۱۶).
۵. منطقة الفراغ.
۶. احكام ثانويه موقت هستند و تا زمانى كه اطاعت از احكام اوليه امكان پذير است، نوبت به احكام ثانويه نمى رسد.

برداشته شد؛ برای نمونه، با نگاهی به قانون واگذاری اراضی مشهور به کشت موقت، فلسفه تصویب و هدف قانون‌گذار در ابتدای ماده واحده، در نظر گرفتن شرایط حاکم بر جامعه در تاریخ تصویب اعلام گردیده و به صراحت از عبارت «به حکم ضرورت»^۱ استفاده شده است. چالش‌هایی فراروی مبنای این تحول در مالکیت وجود داشت، از جمله قبل از تصویب این قانون، قانونی دیگر در خصوص اراضی مواتی که بعد از انقلاب توسط کشاورزان تصرف و مورد کشت قرار گرفته بود، تصویب و تصمیم به خلع ید متصرفان اتخاذ گردیده بود. در صورتی که اگر استعمال قاعده ضرورت برای لغو حکم اولیه سلطنت به استناد شرایط حاکم بر جامعه لازم بود، باید در مورد اراضی انفالی که توسط مردم تصرف شده بود نیز اعمال می‌شد. حتی در خصوص آن قسمت از اراضی که در اوایل انقلاب توسط تعدادی از نهادها تصرف شده بود نیز تصمیم به عدم استرداد آن به مالکان^۲ گرفته شد. پاسخ شبهه درستی یا اشتباه در اقدام به تصرف اراضی مالکان^۳ توسط بعضی ارگان‌ها را در بند پنجم فرمان هشت ماده‌ای امام خمینی که قبلاً به آن اشاره گردید، می‌توان یافت. پس چگونگی احراز مسئله ضرورت توسط مجلس وقت شورای اسلامی، در قانون مشهور به کشت موقت و اقدام به سلب مالکیت خصوصی اشخاصی که مالکیتشان توسط خود قانون‌گذار تأیید شده است، به نظر یک

۱. کلیه اراضی بایر و دایر که بعد از پیروزی انقلاب اسلامی به نحوی تا پایان سال ۱۳۵۹ در سراسر کشور و تا پایان سال ۱۳۶۳ در مناطق کردنشین در اختیار غیر مالک قرار گرفته و روی زمین کشت نموده‌اند (کشت موقت)، به حکم ضرورت به کشاورزان متصرف که واجد شرایط زیر باشند: الف- بی‌زمین یا کم‌زمین، ب- ممر درآمد کافی غیر از کشاورزی نداشته باشند، ج- ساکن محل باشند، به اقساط واگذار می‌شود و سند مالکیت رسمی و ثبتی به صورت بیع شرط با معرفی هیئت‌های هفت نفره واگذاری زمین به آنان داده خواهد شد و پس از پرداخت آخرین قسط، سند قطعی می‌گردد و بهای عادلانه آن، به صاحبان زمین بعد از کسر بدهی قانونی و شرعی پرداخت خواهد شد.

۲. تبصره ۳ قانون واگذاری زمین‌های بایر و دایر که بعد از انقلاب به صورت کشت موقت در اختیار کشاورزان قرار گرفته است: «آن قسمت از اراضی مذکور در صدر این ماده که در اختیار نهادها قرار دارد، در اختیار هیئت‌های هفت نفره قرار داده می‌شود تا طبق مفاد این ماده واحده عمل شود».

۳. نظر امام خمینی در تاریخ ۱۳۵۹/۱۰/۸: «ما می‌خواهیم یک مملکت اسلامی باشد و من اعلام می‌کنم که هر کس به من مطلبی را نسبت بدهد که من راضی هستم به اینکه یک وجب از زمین مردم غصب بشود، بر خلاف موازین اسلامی اخذ بشود و غیر ذلک، من از آن‌ها بری هستم و خدای تبارک و تعالی هم بری است».

نوع تعجیل برای رفع بلا تکلیفی می‌باشد؛ همان گونه که در مقدمه‌ی طرحی که به عنوان کشت موقت به مجلس ارائه شده بود، به بلا تکلیفی و مشخص نبودن وضعیت مالکان و زارعان اشاره شده است. این در حالی است که تمسک به بلا تکلیفی برای جعل حکم ثانویه در جایی که تکلیف مشروعیت سلطنت و مالکیت مالکان، هم در شرع و هم در فقه مشخص است، شبهه‌انگیز می‌باشد. همچنین چنانچه مسئله اصلی، کمک به کشاورزی بی‌بضاعت باشد، پس خرید زمین به اقساط و پرداخت مبالغ اقساط با هدف قانون متناقض می‌باشد. در دوران مورد بحث، امام خمینی در پاسخ به استفتاء وزیر کشاورزی در مورد غصب اراضی و کشت و زرع در آن‌ها فرمود:

«تصرف در اراضی دیگران، چه به صورت کشت یا به طریق دیگر حرام است و توسعه کشت به طور غصب جایز نیست و باید از آن احتراز شود» (موسوی خمینی، ۱۳۷۸: ۲۵۶/۱۰).

لذا با کنار هم قرار دادن وقایع اجتماعی و سیاسی و استدلالات قانون‌گذار برای وضع قانونی که منجر به تزلزل مالکیت در جامعه گردید، به بهانه جلوگیری از نارضایتی کشاورزان بی‌زمین یا کم‌زمین و تداوم و بقای حکومت، اختلاف‌نظرات در همان موضوع قابل ملاحظه و جای تأمل است؛ به دلیل اینکه جعل حکم ثانویه توسط مجلس شورای اسلامی نباید مخالف فرمان ولیّ امر باشد و فرمان ولیّ امر نباید با فرمان خدا و احکام عمومی تعارض داشته باشد.

۳-۲. تأثیر قاعده مصلحت بر مالکیت اراضی

تشریح قوانین و مقررات ثابت و متغیر در حوزه اسلام با تحولات زمان و دگرگونی مصالح جامعه اسلامی، هرچند اصول ثابت اسلام را در تمامی زمان‌ها و مکان‌ها غیر قابل تغییر می‌داند، اما برای تبیین جایگاه احکام متغیر لازم است.^۱ حکم حکومتی یکی از مفاهیم مطرح در فقه سیاسی شافعیه و امامیه می‌باشد^۲ و به تصمیماتی اطلاق می‌شود

۱. پدیده‌های هر زمان دو قسم است: ۱- ممکن است ناشی از ترقی و پیشرفت باشد؛ ۲- ناشی از یک انحراف باشد.

۲. از تعبیری مانند «حکم الحاکم»، «ما رأه الوالی»، «ما رأه الإمام» و «الأحكام السلطانية» نیز برای بیان آن استفاده شده است.

که ولی امر در سایه قوانین شریعت و رعایت موافقت آن‌ها به حسب مصلحت وقت اتخاذ می‌کند و طبق آن‌ها مقرراتی وضع نموده و به اجرا درمی‌آورد (طباطبایی، بی‌تا: ۸۳). حاکم مسلمانان بر اساس مصلحت به صدور احکام حکومتی پرداخته، جامعه اسلامی را همراه با مقتضیات زمان و تحولات جوامع بشری به پیش می‌برد (صمیمی، ۱۳۹۳: ۹۳). فقدان قصد و رضای مالک، تأثیری در اوضاع و احوال تملک قهری دولت ایجاد نمی‌نماید^۱ و هرچند به ظاهر مغایر اصل حاکمیت اراده اشخاص و مغایر شرایط اساسی صحت معاملات است، لکن به دلیل مصالح عمومی، اختیارات مالک تحدید یا سلب می‌گردد. در اصل ۴۴ قانون اساسی، ترجیح حقوق عمومی در جهت رشد و توسعه اقتصادی، بر مالکیت خصوصی بیان گردیده است. تملک قهری اراضی خصوصی برای اجرای برنامه‌های عمومی و عمرانی در «لایحه قانونی^۲ نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت» با تمسک به قاعده مصلحت چشم‌پوشی از آزادی مالک و با بهره‌گیری از قاعده تقدیم اهم بر مهم، مجاز گردیده است. دولت و شهرداری‌ها به منظور رفع نیازمندی‌های عمومی، اقدام به تملک اراضی خصوصی افراد تحت شرایطی بدون رضایت آن‌ها می‌نمایند؛ اما با توجه به کاربرد قاعده «الضرورات تنقذ بقدرها» و استعمال کلمه «قدرها» در آن، اعمال چنین قانونی باید در چهارچوب مشخص و در زمان محدود صورت گیرد.

۴. اقطاع مالکیت عمومی اراضی

در فقه اهل سنت و فقه امامیه، از واگذاری مراتع و سایر ثروت‌های عمومی به اقطاع یاد شده است، که از ماده قطع به معنای بریدن و جدا کردن مشتق شده و به معنای بریدن، جدا کردن، جدا شدن، قطعه قطعه کردن (خوری شرتونی، ۱۹۲۷: ۱۰۱۷)، واگذار کردن و از بین بردن بخشی از چیزی (فراهیدی، ۱۴۱۴: ۱۴۹۴) آمده است. اقطاع عبارت است از بخشیدن و واگذاری ملکیت یا درآمد بخشی از زمین‌های کشاورزی متعلق به بیت‌المال به افراد نیازمند، که این واگذاری با هدف عمران و آبادسازی زمین‌ها بوده

۱. اندیشمندان حوزه حقوق عمومی در نظریه تفوق حقوق عمومی بر خصوصی به این موضوع پرداخته‌اند.

۲. مصوب ۱۳۵۸/۱۱/۱۷.

است. واگذاری اراضی خیر به یهود در مقابل نیمی از محصول آن (بخاری، ۱۴۰۱: ۵۷؛ علمی اردبیلی و سجادی‌زاده، ۱۳۸۹: ۱۴۹)، نمونه‌ای از این نوع واگذاری می‌باشد.

معمولاً در اراضی بایر و موات، بیشتر زمین‌های اقطاعی به صورت تملیک، و در زمین‌های آباد و فعال، محصول و درآمد زمین به صورت اختصاصی به شخص واگذار می‌شد. این نحوه از واگذاری زمین، اقطاع استغلال نام دارد. عده‌ای از علمای امامیه اعتقاد دارند یکی از کارهای مثبت خلیفه دوم که مانع بسیاری از مفاسد اقتصادی شده بود، جلوگیری از واگذاری زمین‌ها به صورت اقطاع به اشخاص و محدودیت در معاملات بزرگان جامعه اسلامی بود. خلیفه دوم دستور داد به جای واگذاری زمین‌ها به افراد به صورت اقطاع، این زمین‌ها برای کشت و زرع به اهالی همان سرزمین‌ها که تخصص کافی در زمینه کشت و بهره‌برداری داشتند، سپرده شود و از آن‌ها خراج (مالیات بر اراضی) اخذ گردد (ابویوسف، ۱۳۵۲: ۲۶-۲۷؛ اجتهادی، ۱۳۶۳: ۲۱۵-۲۴۳؛ ماوردی، ۱۳۲۷: ۱۱۶ و ۱۲۳؛ اصلاحی، ۱۳۸۵: ۲۲ و ۲۵).

در مباحث اقتصاد اسلامی و در نظام مالی اسلام برای مدیریت ثروت‌های عمومی، از این اصطلاح تحت عنوان واگذاری به بخش خصوصی یاد شده است (علم‌الهدی، ۱۳۹۵: ۱۰۹). فقیهانی که تعریفی از اقطاع ارائه نکرده‌اند، با بیان احکام آن به توضیح مفهوم آن پرداخته‌اند. بررسی احکامی که در این مورد وجود دارد، نشان می‌دهد که اقطاع به معنای واگذاری زمین موات، آب‌ها و سایر مشترکات (مرتع‌ها) از سوی دولت و حکومت اسلامی به شخص یا اشخاص خاص است. برای تبیین مبنای تحولات مالکیت در واگذاری اراضی پس از انقلاب، مسئله‌ای که بررسی و تعمق در آن لازم به نظر می‌رسد، وجود یا عدم پشتوانه فقهی جواز واگذاری مرتع‌ها و سایر ثروت‌های عمومی مانند زمین‌های موات است. در خصوص جایز بودن اقطاع برای رسول خدا ﷺ و ائمه اطهار اجماع وجود دارد (نجفی، ۱۹۸۱: ۵۵). تلقی مرتع و زمین‌های موات به عنوان انفال و اینکه انفال از اموال رسول خدا ﷺ و ائمه اطهار می‌باشد، دلیل جواز اقطاع توسط ایشان است. بررسی سیره رسول خدا ﷺ بیانگر این موضوع است که ایشان مرتع‌ها و زمین‌های مختلفی را با مهر و امضا به اشخاص واگذار می‌نمود تا شخص با حصول اطمینان به کار و سرمایه‌گذاری در آن بپردازد (ابویوسف، بی‌تا: ۵۹-۶۱). بر اساس نظر عده‌ای

از فقها، مقصود از واگذاری یک یا چند روستا با قطیعه توسط رسول خدا ﷺ، زمین‌ها، آب‌ها، مراتع و چهارپایان وحشی همه روستا و به تعبیری املاک و اموالی بوده که مالک شخصی نداشته است (احمدی میانجی، ۱۴۱۹: ۴۳۳-۵۴۵).

در فرایند قانون‌گذاری در شروع انقلاب و در موضوع خلع ید و بازپس‌گیری انفال از افرادی که اقدام به کشت و زرع و احداث ساختمان در اراضی انفال نموده بودند، مغایرت مبانی به نظر می‌رسد. این در حالی است که پیشینه فقهی موضوع در صدر اسلام برای واگذاری اراضی عمومی وجود داشت و امکان ادامه کشت مردم مستضعف در بدو انقلاب مهیا بود. تعمق در این نحوه تصمیم‌گیری قانون‌گذار، نشان‌دهنده تعجیل برای وضع قوانینی بود که به تعبیری برای تداوم حیات حکومت ضرورت داشت. لکن همین اقدامات سیاسی و توجیهات فراتر از قواعد فقهی و حقوقی، مشروعیت قانون را زیر سؤال می‌برد.

در ادامه، با ترسیم اوضاع و احوال اجتماعی و اقتصادی جامعه در بدو انقلاب به صورت جامع‌تر به اقدامات انقلابی و مبانی تحولات مالکیت اراضی پرداخته خواهد شد.

۵. تأثیر دیدگاه‌های انقلابی و اوضاع و احوال اجتماعی و اقتصادی در تحولات مالکیت

پس از انقلاب اسلامی، دولت بر اساس اولویت‌بندی‌های خود و یا بر پایه نیازهای برآمده از انقلاب، حقوق مالکیت^۱ جدید را شکل داد. حقوق مالکیت در تثبیت و ارتقا نظام‌های مختلف اجتماعی و نظام اقتصاد سیاسی، جایگاهی خاص دارد.^۲ پس موضوع هم با اقتصاد پیوند دارد و هم با استحکام سیاست. هرچند در ادبیات حقوق مالکیت،

۱. اصطلاح حقوق مالکیت، دو معنا را به ذهن متبادر می‌کند: نخست، توانایی تمتع از دارایی؛ دوم، حقوقی که دولت آن را تصریح می‌کند.

۲. تعدادی از اندیشمندان عقیده دارند که در شرایط بروز دشواری‌های حقوق مالکیت، مناسب است که دولت‌ها در امور مربوطه دخالت کنند. اما در مقابل، گروهی از صاحب‌نظران دخالت بیشتر دولت را مخرب می‌دانند. طیف ثالثی نیز نوعی همکاری دوستانه بین نهاد حقوق مالکیت، دولت و بخش خصوصی را مورد تأکید قرار می‌دهند و به اصطلاح بینابین را برمی‌گزینند (دادگر و بزنگانی، ۱۳۹۰: ۲).

مالکیت خصوصی بر مالکیت عمومی ارجحیت دارد و استحکام حقوق مالکیت، رفاه اجتماعی را بالا می‌برد، اما مهم است که در هر مرحله تاریخی از جریان انقلاب، چه نوع ساختار حقوق مالکیتی بر جامعه حاکم بوده و هر ساختار ویژه حقوق مالکیت، چه نتایجی برای جریان کنش متقابل اجتماعی در پی داشته است.

در اوایل انقلاب با تحولی که در مالکیت پیش آمد و آحاد ملت، خود سرنوشت خویش را به دست گرفتند، نگرش جدیدی بر مسئله حاکمیت در سرنوشت به وجود آمد.^۱ از آنجایی که قبل از انقلاب، مالکان بزرگ، مالکیت اراضی زیادی را در دست داشتند، قانون‌گذار در رفع محرومیت کشاورزان ساکن روستا، با تعیین شرایطی^۲ اقدام به بازگشت به نظرات قانون اصلاحات ارضی نمود. این در حالی بود که پس از انقلاب، فقها به جهت دخالت بدون مجوز در حقوق مالکانه، نظر بر غیر شرعی بودن قانون اصلاحات ارضی داشته‌اند (بشیری و دیگران، ۱۳۹۱: ۱۰۵۴).

در قانون‌گذاری پس از انقلاب، به زعم قانون‌گذار در راستای متعادل نمودن توزیع ثروت در جامعه اقدام شده است. به علاوه در بعضی نقاط کشور نیز گروه‌های سیاسی خارج از حاکمیت به منظور کسب محبوبیت، اقدام به تقسیم اراضی مالکان بین کشاورزان نمودند. در اینجا آنچه مسلم است، تأثیر افرادی که از انقلاب انتظار تغییر شرایط و بهبود اوضاع معیشت خود را داشتند و رقابت گروه‌های سیاسی خارج از حاکمیت در مقابل نظام جمهوری اسلامی برای کسب محبوبیت، همگام با تأثیر فقه و حقوق، نتیجه سلب مالکیت خصوصی را به دنبال داشت. در سیاست‌های بعدی و قانون‌گذاری‌های اخیر در نظام حاکم، مجدداً رویکرد حفظ یکپارچگی^۳ اراضی کشاورزی و جلوگیری

۱. (مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی)، دوره ۲، جلسه ۳۲۸، روزنامه رسمی، شماره ۱۲۱۴۷.
۲. اعلام گردید که کشاورزان کم‌زمین یا بی‌زمین در صورت احراز شرایط موجود در قانون، چنانچه تا تاریخ‌های مقرر در قانون موصوف، اراضی را در تصرف داشته و اقدام به کشت نموده‌اند، با شرایطی به صورت بیع شرط به ایشان واگذار شود.
۳. یکپارچه‌سازی، فرایندی از اصلاح زمین و رفع موانع و مرزبندی‌های اختصاصی مالکان است که به ایجاد یک واحد کشاورزی و مدیریت واحد بر منابع تولید با حداقل نصاب‌های فنی و اقتصادی منجر می‌گردد. در قانون، وزارت جهاد کشاورزی موظف گردیده از هر گونه عملی که منجر به خرد شدن اراضی کشاورزی می‌گردد، جلوگیری به عمل آورد و متخلفان را به مراجع قانونی صلاحیت‌دار معرفی کند.

از خرد شدن آن، در دستور کار قانون‌گذار قرار گرفت.^۱

بعد از انقلاب اسلامی، تلاقی حقوق عمومی و خصوصی و تعارض احکام و آثار آن‌ها، مستلزم تمهید قواعد ویژه‌ای بود که حل این مسائل بر عهده شورای انقلاب قرار گرفت. حرمت مالکیت خصوصی که تا آن زمان به عنوان قاعده‌ای دائمی از آن یاد می‌شد، دستخوش محدودیت‌ها و تحولاتی گردید و تمایل به یکی از رشته‌های حقوق عمومی موسوم به حقوق توسعه که تملک اراضی و املاک اشخاص حقیقی و حقوقی را با نادیده گرفتن حرمت مالکیت خصوصی مجاز می‌شمرد، بیشتر شد. در قوانین ناظر بر امر تملک، به دستگاه‌های اجرایی اجازه داده شده^۲ که هنگام نیاز به ملکی برای انجام خدمات عمومی حتی بدون نظارت و توافق مالک، به طور یک‌جانبه به تعیین و پرداخت بهای عادلانه، اقدام و املاک را تصرف کنند. اقدام حقوقی تملک املاک و اراضی خصوصی اشخاص در راستای تأمین منافع عمومی نیز تابع شرایطی است که با توجه به مواد لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی، بسته به وجود طرح‌های مصوب عمومی و ضرورت اجرای آن‌ها و موظف بودن دولت به تأمین اعتبار لازم جهت تملک و نبود امکان تأمین زمین از اراضی ملی یا دولتی با اعلام قصد تملک توسط دستگاه اجرایی به صاحبان املاک، در نهایت انجام معامله و پرداخت بهای عادلانه و کلیه حقوق و خسارات می‌باشد.

قاعده «الضرورات تنقذ بقدرها» در قانون یادشده باید معیار اقدام دولت و شهرداری‌ها در نحوه سلب مالکیت خصوصی یا مالکیت عمومی قرار گیرد. در قانون یادشده رعایت ترتیب سلب مالکیت الزامی است؛ یعنی در جایی که اراضی ملی یا دولتی برای اجرای طرح وجود داشته باشد، حق تعرض به مالکیت خصوصی افراد وجود ندارد.

۱. این رویکرد، منتج به تصویب قانون جلوگیری از خرد شدن اراضی کشاورزی مصوب ۱۳۸۵/۱۱/۲۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام گردید. در ماده ۳ قانون مذکور، دولت موظف گردیده به منظور تشویق مالکان اراضی کشاورزی به تجمع و یکپارچه‌سازی آن اراضی، نسبت به اعطای امتیازات و تسهیلات از قبیل مالی، اعتباری و... اقدام نماید.

۲. ماده ۴ لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸/۱۱/۱۷.

در اینجا گویی قانون‌گذار با تعمق بیشتری به وضع قانون پرداخته و حتی برای مصالح جامعه، سلب مالکیت خصوصی را منوط به نبودن زمین ملی یا دولتی نموده است. انتظار می‌رفت در جریان توجه به وضع معیشت کشاورزان مستضعف و مصالح عموم نیز همین موضوع رعایت می‌گردید و برای تعجیل در رفع مشکل، افکار التقاطی که مورد نکوهش علما و فقها نیز قرار گرفته بود، به جریان قانون‌گذاری و نادیده گرفتن قاعده اولیه سلطنت سرایت نمی‌کرد.

نتیجه‌گیری

چالش‌های فراروی مبانی تحولات مالکیت اراضی در شروع انقلاب به دلیل نیل به هدف توسعه کشت و رسیدن به استقلال اقتصادی شدت گرفت. قاعده «الزرع للزارع ولو كان غاصباً» مستمسکی برای کنشگران اجتماعی قرار گرفته، منجر به ایجاد تصور مشروع بودن استیلاي غاصبانه در میان کشاورزان گردید. ظهور نیازهایی در بحران‌های جامعه انقلابی در سایه‌سار دیدگاه‌های انقلابی، اوضاع و احوال اجتماعی و نظرات رایج در اقتصاد اسلامی به عنوان مبانی تحولات مالکیت، منجر به تشدید چالش‌ها گردید.

در نتیجه تخدیش تصویر کامل‌ترین حق عینی و اعتبار اصل تسلیط، تزلزل مالکیت اتفاق افتاده است. هرچند ولی امر اجازه دارد که هر فعالیت و اقدامی را که حرمت و یا وجوب صریحاً اعلام نشده است، به عنوان دستور ثانویه ممنوع و یا واجب‌الاجرا اعلام نماید، اما با این حال در پاره‌ای موارد پس از انقلاب، علاوه بر وجوب حرمت سلطه مالک، حرمت غصب نیز نادیده گرفته شد و نتیجه آن، جعل دستور ثانویه برای تغییر جایگاه مالک و غاصب بود.

نتیجه هدف‌گذاری رفع محرومیت از کشاورزان ساکن روستا، بازگشت به نظرات قانون اصلاحات ارضی است؛ زیرا یکی از اهداف قانون اصلاحات ارضی نیز متعادل نمودن توزیع ثروت در جامعه بود. این در حالی است که پس از انقلاب، فقها به جهت دخالت بدون مجوز در حقوق مالکانه، نظر بر غیر شرعی بودن قانون اصلاحات ارضی داشته‌اند. چالش شتاب در بازپس‌گیری انفال از افراد مستضعفی که اقدام به کشت و زرع و احداث ساختمان در آن اراضی کرده بودند، نتیجه تبلیغات مروجان اقتصاد شرق

و عدم توجه به پیشینه فقهی موضوع در صدر اسلام برای اقطاع و واگذاری اراضی انفال و عمومی بود.

قانون‌گذار در حالت نیاز به زمین برای اجرای طرح‌هایی که به منظور مصالح عمومی است، حرمت مالکیت خصوصی را مهم‌تر از مالکیت عمومی قلمداد نموده و ابتدا از اراضی ملی و دولتی برای مصلحت عمومی استفاده می‌کند و سپس در صورت فقدان اراضی ملی و دولتی، به سلب مالکیت خصوصی حکم می‌کند. بنابراین تشریح قوانین تحدیدکننده مالکیت و سلب مالکیت از اشخاص خصوصی در مسئله‌ای مانند کشت موقت، در تعارض با هدف رفع محرومیت و اقدام به رفع تصرف از اراضی ملی و انفالی بود که در اختیار کشاورزان بی‌بضاعت قرار داشت.

در حقوق مالکیت برای تثبیت و ارتقا نظام‌های مختلف اجتماعی و نظام اقتصادی، مالکیت خصوصی بر مالکیت عمومی ارجحیت دارد و استحکام حقوق مالکیت، رفاه اجتماعی را بالا می‌برد که خلاف این موضوع در بدو انقلاب رخ داد. احترام به سلطنت مالکیت به عنوان کامل‌ترین حق و عامل تضمین‌کننده تداوم حیات جامعه و فرد باید مورد توجه حکومت قرار می‌گرفت. نتیجه اینکه با تعمق و شناسایی چالش‌های فراروی مبانی تحولات مالکیت اراضی، در شیوه تصمیم‌گیری قانون‌گذار، اشتباهات ناشی از تعجیل وجود دارد و این مغایر با حکیم بودن قانون‌گذار است.

کتاب‌شناسی

۱. قرآن کریم.
۲. ابوجیب، سعدی، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، چاپ دوم، دمشق، دار الفکر، ۱۴۰۸ ق.
۳. ابویوسف، یعقوب بن ابراهیم، کتاب الخراج، قاهره، المطبعة السلفية و مکتبتها، ۱۳۵۲ ق.
۴. اجتهادی، ابوالقاسم، بررسی وضع مالی و مالیة مسلمین از آغاز تا پایان دوران اموی، تهران، سروش، ۱۳۶۳ ش.
۵. احمدی میانجی، علی، مالکیت خصوصی در اسلام، تهران، دادگستر، ۱۴۲۴ ق.
۶. اصلاحي، غلامحسن، «عدالت و عدالت‌محوری در نهج البلاغه»، پژوهش‌های نهج البلاغه، شماره‌های ۱۷-۱۸، پاییز ۱۳۸۵ ش.
۷. الیاس، الیاس انطون، فرهنگ نوین عربی - فارسی (ترجمه القاموس العصري)، ترجمه سیدمصطفی طباطبایی، تهران، کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۵۸ ش.
۸. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، تهران، اسلامیة، ۱۳۶۸ ش.
۹. بخاری، ابو عبدالله محمد بن اسماعیل، صحیح البخاری، بیروت، دار الفکر، ۱۴۰۱ ق.
۱۰. بشیری، عباس و دیگران، حقوق کاربردی املاک و اراضی، چاپ چهارم، تهران، جاودانه، جنگل، ۱۳۹۱ ش.
۱۱. جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۲ ق.
۱۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، بی‌تا.
۱۳. همو، ترمینولوژی حقوق، چاپ چهارم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۶۸ ش.
۱۴. خوری شرتونی لبنانی، سعید، اقرب الموارد فی فصیح العربیة و الشوارد، تهران، دار الاسوه، ۱۳۷۴ ش.
۱۵. دادگر، یداله، و هاشم بزنگانی، «جایگاه حقوق مالکیت در استحکام نظام اقتصادی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، سال چهاردهم، شماره ۵۵، پاییز ۱۳۹۰ ش.
۱۶. دهخدا، علی‌اکبر، لغت‌نامه، بی‌تا، به نقل از: وبگاه واژه‌یاب به نشانی: <<https://www.vajehyab.com>>.
۱۷. صدر، سیدمحمدباقر، اقتصاد ما، ترجمه عبدالعلی اسپهبدی، تهران، اسلامی، ۱۳۴۹ ش.
۱۸. صمیمی، محمدحواد، «مصلحت و حکمت و نقش آن‌ها در فقه»، مجله فقه قضایی، سال پنجم، شماره ۱، بهار ۱۳۹۳ ش.
۱۹. طباطبایی، سیدمحمدحسین، بررسی‌های اسلامی، قم، دار الهجرة، بی‌تا.
۲۰. علم‌الهدی، سیدسجاد، «روش‌شناسی اقتصاد اسلامی بر اساس عملکرد اقتصادی امام علی (ع)»، پژوهش‌نامه علوی، سال هفتم، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۵ ش.
۲۱. علمی اردبیلی، علی، و سیدعلی سجادی‌زاده، «کاوشی در احادیث خمس صحیح البخاری»، علوم حدیث، سال پانزدهم، شماره ۴ (پیاپی ۵۸)، زمستان ۱۳۸۹ ش.
۲۲. عمید زنجانی، عباسعلی، دانشنامه فقه سیاسی، بی‌تا، قابل دسترسی در کتابخانه دیجیتال نور به نشانی: <<https://www.noorlib.ir/View/fa/Book/BookView/Image/26227>>.
۲۳. همو، فقه سیاسی، چاپ چهارم، تهران، امیرکبیر، ۱۴۲۱ ق.
۲۴. عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، بی‌تا، به نقل از: وبگاه واژه‌یاب به نشانی: <<https://www.vajehyab.com>>.
۲۵. فراهیدی، خلیل بن احمد، کتاب‌العین، قم، اسوه، ۱۴۱۴ ق.
۲۶. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ اموال و مالکیت، چاپ پنجم، تهران، میزان، ۱۳۸۳ ش.

۲۷. گرامی، محمدعلی، درباره مالکیت خصوصی در اسلام، قم، دفتر معظم‌له، ۱۳۸۵ ش.
۲۸. گرجی ازندریانی، علی اکبر، حقوقی‌سازی سیاست؛ تحلیل عملکرد دولت و وقایع سیاسی روز از دیدگاه حقوق عمومی، تهران، خرسندی، ۱۳۹۵ ش.
۲۹. ماوردی، ابوالحسن علی بن محمد بن حبیب، الاحکام السلطانية والولايات الدينية، مصر، مطبعة السعادة، ۱۳۲۷ ق.
۳۰. «مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی»، دوره ۲، جلسه ۳۲۸، روزنامه رسمی، شماره ۱۲۱۴۷.
۳۱. مطلوب، احمد، معجم المصطلحات البلاغية و تطورها، بی تا، قابل دستیابی در کتابخانه دیجیتال نور به نشانی: <https://www.noorlib.ir/View/fa/Book/BookView/Image/21153/1/644>.
۳۲. مطهری، مرتضی، نظری به نظام اقتصادی اسلام، بی تا، قابل دستیابی در کتابخانه دیجیتال نور به نشانی: <https://noorlib.ir/en/book/view/64599>.
۳۳. معین، محمد، فرهنگ فارسی معین، بی تا، به نقل از: وبگاه واژه‌یاب به نشانی: <https://www.vajehyab.com>.
۳۴. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، تحریر الوسیله، چاپ چهارم، تهران، مکتبه الاعتماد، ۱۴۰۳ ق.
۳۵. همو، صحیفه امام، ۱۳۷۸ ش.، قابل دستیابی در سایت جامع امام خمینی به نشانی: emam.com.
۳۶. نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱ م.
۳۷. ولویون، رضا، اماره تصرف، چاپ سوم، تهران، جاودانه، جنگل، ۱۳۸۶ ش.

امکان سنجی تجویز سقط جنین ناقص الخلقه

توسط قاعده لاجرح

از منظر فقه امامیه*

- زهره حاجیان فروشانی^۱
- محمدرضا حمیدی^۲

چکیده

تولد نوزادان دارای معلولیت‌های جسمی و ذهنی در همه جوامع و همه زمان‌ها کم و بیش اتفاق می‌افتد. در زمان حاضر، به کمک آزمایش‌های پزشکی می‌توان برخی از این گونه بیماری‌ها را در زمان بارداری تا حد اطمینان‌بخشی تشخیص داد. دشواری پرورش چنین نوزادانی در کنار حرمت اولیه سقط جنین، روایی سقط جنین‌های معیوب را فراروی پژوهشگران فقه و حقوق قرار می‌دهد. بیشتر فقیهان معاصر، روایی سقط جنین معیوب را با کم و زیادهایی پذیرفته و آن را با استناد به قاعده «نفی حرج» مستدل کرده‌اند؛ نتیجه‌ای که در ماده واحده مصوب ۱۳۸۴، نمود حقوقی نیز یافت. در نوشتار حاضر، مسئله مستحدث یادشده

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱/۱۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۷/۹.

۱. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه شهید چمران اهواز، اهواز، ایران (نویسنده مسئول) (z.hajian@scu.ac.ir).
۲. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه شهید چمران اهواز، اهواز، ایران (m.hamidi@scu.ac.ir).

از نظر فقهی مورد بررسی قرار گرفته و استدلال فقیهان در این زمینه از نظر صغروی (حرجی بودن ادامه بارداری)، کبروی (قابلیت قاعده لاجرح در مجاز کردن سقط جنین) و موضوع‌شناسی (ماهیت نباتی جنین) به چالش کشیده شده است. التزام به روایی سقط جنین در مورد یادشده، مبانی، توابع و الزاماتی دارد که حتی قائلان به آن نیز نمی‌توانند آن‌ها را مورد پذیرش قرار دهند.

واژگان کلیدی: سقط جنین، سقط درمانی، جنین‌های معیوب، نفی حرج.

مقدمه

با پیشرفت علم پزشکی و توانایی کشف و درمان بیماری‌ها با شیوه‌های جدید، مسائل زیادی در حوزه فقه پزشکی در راستای پاسخ‌گویی به روایی یا ناروایی شیوه‌های کشف و درمان این مشکلات ایجاد می‌شود. یکی از این مسائل که سبب ایجاد چالش‌های زیادی شده، سقط جنین ناقص الخلقه است. امروزه با آزمایش‌ها و روش‌های نوین پزشکی، امکان کشف برخی بیماری‌های جسمی یا ذهنی جنین ایجاد شده است. نقایص جسمی مانند عدم تشکیل قلب یا عضوی دیگر از بدن، با سونوگرافی قابل تشخیص است. برخی بیماری‌های ذهنی مانند «سندرم داون» نیز از طریق سونوگرافی و آزمایشات تخصصی شناسایی می‌گردد. حتی برخی از این بیماری‌ها مانند «آنسفال»، سبب مرگ نوزاد در فاصله کوتاهی بعد از تولد می‌گردد. حال با توجه به امکان تشخیص این بیماری‌ها قبل از تولد و تمایل طبیعی انسان‌ها به داشتن فرزند سالم و رهایی از مشکلاتی که نگهداری از فرزند معلول جسمی یا ذهنی به دنبال دارد، افراد زیادی در صدد شناسایی این بیماری‌ها در زمان جنینی و سقط جنین ناقص برمی‌آیند. در گذشته، غالب این سقط‌ها به طور مخفیانه و غیر قانونی و با شیوه‌های غیر بهداشتی صورت می‌گرفت (جمعی از پژوهشگران، ۱۳۸۸: ۹۱) تا اینکه در سال ۱۳۸۴، ماده واحده‌ای در رابطه با سقط جنین ناقص تصویب شد. در این ماده واحده آمده است:

«سقط‌درمانی با تشخیص قطعی سه پزشک متخصص و تأیید پزشکی قانونی مبنی بر بیماری جنین که به علت عقب‌افتادگی یا ناقص‌الخلقه بودن موجب حرج مادر است یا بیماری مادر که با تهدید جانی مادر توأم باشد، قبل از ولوج روح (چهار ماه) با رضایت زن مجاز است و مجازات و مسئولیتی متوجه پزشک مباشر نخواهد بود».

در این ماده واحده، سه نکته در ارتباط با سقط جنین ناقص الخلقه حائز اهمیت است؛ اولاً جواز سقط جنین را مقید به زمان قبل از چهارماهگی نموده است. ثانیاً سقط را تنها در صورت وجود حرج جایز می‌داند. ثالثاً مرجع تشخیص حرج، پزشک متخصص تعریف شده است. با توجه به این نکات، مقاله حاضر در صدد است این شرایط را مورد ارزیابی قرار داده و جواز سقط جنین ناقص الخلقه را با توجه به شرایط مذکور و بر اساس مبانی شرعی و آراء فقها مورد تحلیل و بررسی قرار دهد. در این راستا، پاسخ به چند سؤال ضروری است: ۱- آیا تعیین سن چهارماهگی به عنوان مرز بین جواز و عدم جواز سقط جنین ناقص با توجه به مبانی شرعی صحیح است؟ ۲- آیا دلیل عسر و حرج، قابلیت برداشتن حرمت سقط جنین ناقص را دارد؟ ۳- آیا نگهداری فرزند ناقص، مستلزم عسر و حرج است و از نظر شرعی، پزشک مرجع مناسبی برای تشخیص حرج می‌باشد؟

شایان ذکر است که در زمینه سقط جنین تحقیقات زیادی انجام شده که از نظر اخلاقی، پزشکی، فقهی و حقوقی، سقط جنین را مورد ارزیابی قرار داده است. اما آنچه این مقاله را از کارهای قبلی متمایز می‌کند، این است که آن مقالات در صدد توجیه شرعی سقط جنین ناقص و بعضاً گسترش جواز سقط بعد از چهارماهگی برآمده‌اند؛ در حالی که مقاله حاضر با تحلیل فقهی مسئله با توجه به مبانی شرعی و قواعد فقهی، قابلیت قاعده عسر و حرج را برای برداشتن حرمت سقط جنین ناقص مورد نقد جدی قرار داده است. تنها مقاله‌ای که از نظر عنوان با مقاله پیش رو مشابهت دارد، مقاله «چالش‌های اجرایی قواعد نفی عسر و حرج، لاضرر و اضطرار در سقط درمانی» است. اما این مقاله به صورت بسیار کوتاه و گذرا به مسئله پرداخته و محتوای آن نیز طرح چالش‌های اجرایی با رویکرد اخلاق است؛ در حالی که نوشتار حاضر، مسئله سقط جنین را با رویکرد فقهی بررسی نموده و استدلال به قاعده لا حرج را برای اثبات روایی سقط جنین از جهت موضوعی و حکمی تحلیل و نقد کرده است.

۱. نظرات فقها

با توجه به اینکه کشف بیماری‌های جنین توسط آزمایشات پزشکی و به تبع آن چالش سقط جنین به دلیل نقصان خلقت، یکی از مسائلی است که در دهه‌های اخیر

مطرح شده است، در کتب فقهی قدما، مسئله‌ای تحت این عنوان یافت نمی‌شود. بنابراین برای بررسی نظر فقها در جواز یا عدم جواز چنین اقدامی باید به کتب و نظرات فقهای معاصر رجوع شود. مراجعه به نظرات و فتاوی فقها نشان می‌دهد که برخی معتقدند سقط جنین مطلقاً حرام است و از این جهت تفاوتی بین جنین سالم و ناقص وجود ندارد و هیچ بیماری و نقصانی در هیچ شرایطی نمی‌تواند مجوز سقط باشد (موسوی خویی، ۱۴۱۶: ۳۳۴/۱؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳: ۱۷۳؛ همو، ۱۴۰۹: ۳۳۳/۴؛ فیاض کابلی، بی‌تا: ۴۴۴/۳؛ خرازی، بی‌تا: ۸۰/۱۵؛ بهجت، ۱۴۲۸: ۷۵/۴). در مقابل، گروه دیگری از فقها قائل‌اند چنانچه نقصان و بیماری جنین در حدی باشد که نگهداری او بعد از تولد، سبب عسر و حرج والدین شود، سقط جنین جایز است؛ البته به شرطی که قبل از چهارماهگی صورت گیرد (حسینی خامنه‌ای، ۱۴۲۰: ۳۱/۲؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۶: ۲۴۱؛ محسنی، ۱۴۲۴: ۶۶/۱؛ فاضل موحدی لنگرانی، بی‌تا(ب): ۳۹۴/۲؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۴: ۹۴۵/۲؛ حسینی حائری، ۱۳۸۸: ۲۳۰). بر اساس نظر این فقها، صرف نقصان جنین، سبب جواز سقط نیست؛ بلکه سقط فقط زمانی جایز است که سبب عسر و حرج والدین گردد. بنابراین طبق نظر این گروه نیز حکم اولیه سقط جنین ناقص حرمت است و سقط آن فقط در صورت وجود عسر و حرج و بر اساس حکم ثانویه جایز است. لذا مهم‌ترین دلیل مورد استناد آن‌ها برای برداشتن حرمت سقط جنین ناقص، دلیل عسر و حرج است. اگر بخواهیم استدلال این فقها را به صورت یک قیاس منطقی بیان کنیم، به صورت زیر قابل‌تقریر است:

مقدمه اول: نگهداری جنین معیوب بعد از تولد، موجب عسر و حرج والدین می‌گردد.
 مقدمه دوم: دلیل عسر و حرج، حرمت سقط جنین قبل از چهارماهگی را برمی‌دارد.
 نتیجه: سقط جنین معیوب، چنانچه نگهداری او بعد از تولد موجب عسر و حرج والدین شود، قبل از چهارماهگی جایز است.

استدلال فوق از یک بحث موضوعی و یک بحث حکمی تشکیل شده که مبتنی بر یک پیش‌فرض ذهنی نیز می‌باشد. بحث موضوعی، عسر و حرج نگهداری از فرزند ناقص است. بحث حکمی، مقدم بودن دلیل عسر و حرج بر ادله حرمت سقط جنین و مرتفع شدن حکم حرمت سقط است. لازم به ذکر است که عسر و حرج به معنای مشقتی

است که عادتاً تحمل نمی‌شود، اما به حد تعذر نیز نمی‌رسد (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۱۸۲/۱). البته یک پیش‌فرض هم در ذهن این فقها وجود دارد که سبب شده بین سقط جنین معیوب قبل و بعد از چهارماهگی قائل به تفکیک شوند. پیش‌فرض این است که چون چهارماهگی زمان ولوج روح است، قبل از چهارماهگی، جنین انسان نیست. لذا سقط آن حکم قتل را ندارد؛ بلکه حرمت آن تنها به دلیل ادله حرمت سقط است. بنابراین ادله عسر و حرج می‌تواند بر آن حاکم شود و حرمت آن را بردارد (همو، ۱۴۲۲: ۲۸۶).

با توجه به بیان فوق، صحت استدلال مبتنی بر صحت مقدمات و پیش‌فرض مذکور می‌باشد. بنابراین اگر در یکی از مقدمات استدلال یا در پیش‌فرض آن خدشه وارد گردد، کل استدلال مخدوش می‌شود. در ادامه به نقد و بررسی ارکان این استدلال می‌پردازیم.

۲. بررسی پیش‌فرض (ماهیت جنین پیش از ولوج روح)

گفته شد که روایی یا ناروایی سقط جنین معیوب، بر پایه تحلیل است که از ماهیت جنین ارائه شود. چنانچه جنین دارای حیات انسانی دانسته شود، سقط آن در گستره ادله حرمت قتل نفس قرار می‌گیرد و اگر حیات جنین را در شمار حیات نباتی بدانیم، نمی‌توان سقط آن را ذیل عنوان قتل نفس قرار داد. اهمیت ویژه این مسئله آن است که حرمت قتل نفس را نمی‌توان با ادله عسر و حرج کنار نهاد؛ یعنی عسر و حرج، مجوز قتل نفس به حساب نمی‌آید و از آنجا که عمده دلیل جواز سقط جنین معیوب، عسر و حرج والدین دانسته می‌شود، هر پاسخی که در پرسش از ماهیت جنین بیان شود نقشی کلیدی در حل مسئله جواز سقط جنین معیوب خواهد داشت. این مسئله حتی مورد توجه پژوهشگران فلسفه و کلام -از حیث امکان حیات برزخی جنین‌های سقط‌شده- قرار گرفته است (زاهدی انارکی و دیگران، ۱۳۹۳: ۳۶-۴۹).

در کتب فقهی، گونه حیات جنینی در برخی ابواب مورد اشاره قرار گرفته است. از نگاه فقیهان، تردیدی وجود ندارد که جنین پس از دمیده شدن روح (چهار و نیم ماهگی) انسان به شمار می‌آید و کشتن او، قتل نفس است؛ لذا آثاری مانند کفاره قتل و... در این حالت وجود خواهند داشت (ترجینی عاملی، ۱۴۲۷: ۶۷۷/۹). اما در مورد جنینی که

روح در آن دمیده نشده، گاه تصریح شده که نمی‌توان آن را حقیقتاً «موجود زنده» دانست؛ بلکه شاید تنها گونه‌ای حیات نباتی را می‌توان به آن نسبت داد^۱ (جبعی عاملی، ۱۴۱۰: ۲۵۷/۳؛ حسینی شبر، ۱۳۸۳: ۲۸۷/۱).

شماری از فقیهان، با صراحت بیشتری مرحله پیش از دمیده شدن روح را حیات نباتی دانسته‌اند. بدین بیان که همان طور که هسته خرما در عرف، «درخت خرما» نیست، نطفه (مستقر در رحم) هم انسان نیست؛ اگرچه استعداد انسان شدن را داراست (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲: ۲۸۸). بر این اساس، سقط جنین قبل از ولوج روح، مصداق قتل نفس نبوده و لذا ادله عسر و حرج می‌تواند حرمت آن را بردارد (همان: ۲۸۶). از نگاه برخی دیگر از اندیشمندان فقه، اگرچه جنین در مرحله قبل از ولوج روح، انسان بالفعل نیست، اما به طور بالقوه انسان است. توضیح مطلب آنکه از نظر علمی مسلم است هر موجود زنده‌ای برای رسیدن به هویت زیستی خود باید مراحلی را پشت سر بگذارد و در مسیر طی این مراحل، هر چه به نقطه هویتش نزدیک‌تر شود، فعلیت بیشتری پیدا می‌کند و هر اندازه از نقطه هویتش دورتر باشد، تعین و فعلیت کمتری دارد. انسان نیز از این اصل علمی مستثنا نیست؛ یعنی از نطفه شروع می‌شود تا به انسان کامل تبدیل شده و متولد گردد. بر این اساس، حرمت سقط جنین یک امر تعبدی محض نیست؛ بلکه به این دلیل است که نطفه، اولین مرحله تکون انسان است و حرمت سقط آن از جهت احترام و ارزش حیات انسانی می‌باشد (جعفری، ۱۴۱۹: ۲۴۷ و ۲۵۰).

برای داوری میان این دو دیدگاه می‌توان از آیات قرآن کریم و نیز روایات بهره جست. آیات ۱۲ تا ۱۴ سوره مؤمنون را می‌توان مهم‌ترین آیات پیرامون بیان ماهیت جنین و تکامل آن برشمرد. خداوند متعال در این آیات شریفه می‌فرماید: ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ طِينٍ ۝ ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ ۝ ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ۝ ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ﴾ (مؤمنون/۱۲-۱۴). در این آیات، خداوند متعال مراحل تکوین انسان را بیان می‌دارد و می‌فرماید ما «انسان» را از خاک آفریدیم و سپس او را به صورت نطفه‌ای در جایگاهی

۱. لازم به ذکر است که در کتب فقهی، این مباحث در خلال ابوابی مانند جواز فروش کنیز باردار، طهارت یا نجاست جنین سقط‌شده و... مطرح شده‌اند.

استوار قرار دادیم؛ سپس نطفه را به علقه و سپس به مضغه و... تبدیل کردیم؛ و نفرموده چیزی مثلاً یک تکه گوشت خلق کردیم و سپس او را به انسان تبدیل کردیم! بر اساس این آیات شریفه، جنین قبل از ولوج روح نیز انسان است. یعنی نطفه و علقه و مضغه نیز مراحلی از مراحل تکون انسان به شمار می‌آید.

در تأیید برداشت بالا از آیات می‌توان به برخی روایات نیز اشاره داشت؛ از جمله روایتی که اسحاق بن عمار نقل می‌کند:

«به حضرت موسی بن جعفر علیه السلام عرض کردم: زنی از بارداری می‌ترسد. پس دارویی می‌خورد و آنچه را در رحم دارد، بیرون می‌اندازد. امام علیه السلام فرمود: این کار را انجام ندهد. عرض کردم: آنچه زن دفع می‌کند، فقط نطفه است! امام فرمود: آغاز خلقت انسانی نطفه است» (صدوق، ۱۴۱۳: ۱۷۱/۴؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۶/۲۹؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۶: ۵۶۹/۱۶).

با توجه به آیه و روایت فوق، موجودیت انسان از زمان استقرار نطفه در رحم آغاز می‌شود. به همین دلیل، تلف کردن آن، تلف کردن مرحله‌ای از انسانیت است که در مسیر فعلیت قرار گرفته است. لذا نمی‌توان از بین بردن و سقط جنین را حتی پیش از ولوج روح، با از بین بردن یک ماده مستعد به حیات مطلق که همه جانداران دارا می‌باشند، مقایسه نمود. از این بیان آشکار می‌شود که قیاس نطفه‌ای که منشأ خلقت انسانی است با هسته خرما دقیق نیست. نهایتاً اگر این قیاس را بپذیریم، نطفه قبل از استقرار در رحم با هسته خرما قابل تشبیه است؛ اما بعد از استقرار در رحم، شرع آن را به عنوان منشأ خلقت انسانی می‌نگرد. بنابراین با سقط نطفه مستقر در رحم، صرفاً نطفه‌ای را از بین نبرده، بلکه منشأ خلقت انسان را نابود کرده است.

روایت دیگری که به نحو روشن‌تر بر این مسئله دلالت دارد، روایت رفاعه است:

«رفاعه گفت: به امام صادق علیه السلام عرض کردم: کنیزی خریده‌ام. پس چه‌بسا در زمان حیضش به دلیل فساد خون یا وجود هوایی در رحم حیض نمی‌شود. پس به همین منظور به او دارویی خورانده می‌شود و همان روز حیض می‌شود. آیا این کار بر من جایز است، در حالی که نمی‌دانم حیض نشدن او به دلیل بارداری اوست یا غیر آن؟ امام به من فرمود: این کار را نکن. پس به امام گفتم: از زمان حیض او فقط یک ماه گذشته و اگر باردار باشد، فقط نطفه است؛ مثل نطفه‌ای که مرد عزل می‌کند. امام به

من فرمود: اگر نطفه در رحم مستقر شود، به علقه، سپس به مضغه، سپس به هر چه خدا بخواهد، تبدیل می‌شود. اما اگر نطفه در خارج رحم واقع شود، چیزی از آن خلق نمی‌شود. بنابراین در زمانی که از حیض او یک ماه گذشته و در زمانی قرار گرفته که باید حیض شود، به او دارویی نده» (کلینی، ۱۴۰۷: ۱۰۸/۳؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۳۳۸/۲؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۶: ۱۲۷۳/۲۳).

به روشنی پیداست که امام علیه السلام در این روایت به صراحت بین نطفه‌ای که در رحم مستقر شده و نطفه‌ای که خارج رحم است، قائل به تفکیک شده است؛ یعنی مرد در هنگام نزدیکی می‌تواند عزل کند و هیچ منعی ندارد، چون نطفه قبل از استقرار در رحم، صرف نطفه است و هیچ ارزش ذاتی ندارد؛ اما بعد از استقرار در رحم، با اینکه از نظر ماهیت فرقی نکرده و همچنان نطفه است، اما از این جهت که منشأ حیات انسانی قرار می‌گیرد، دارای ارزش گردیده و از سقط آن نهی شده است.

دلیل دیگری که می‌تواند ثابت کند جنین قبل از ولوج روح و بعد از آن از لحاظ شأن انسانی تفاوتی ندارد، روایت ابو عبیده از امام باقر علیه السلام است:

«ابو عبیده گفت: از امام باقر علیه السلام درباره زن بارداری پرسیدم که بدون اطلاع شوهرش دارویی خورد و فرزندش را سقط کرد. امام فرمود: اگر استخوانی داشته باشد که بر روی آن گوشت روئیده باشد، باید دیه آن را به پدرش تسلیم کند، و اگر هنگامی که آن را سقط کرد، علقه یا مضغه باشد، باید چهل دینار یا بنده‌ای را به پدرش تسلیم کند. به امام عرض کردم: آیا مادر از دیه فرزندش به همراه پدر ارث نمی‌برد؟ امام فرمود: خیر؛ زیرا او فرزندش را به قتل رسانده است، پس از او ارث نمی‌برد» (طوسی، ۱۴۰۷: ۳۷۹/۹؛ همو، ۱۳۹۰: ۳۰۱/۴؛ کلینی، ۱۴۰۷: ۱۴۱/۷؛ صدوق، ۱۴۱۳: ۳۱۹/۴).

در این روایت، برای نهی از سقط جنین و عدم تعلق دیه به مادر در هر مرحله‌ای از حیات جنین، به قتل تعلیل شده است؛ یعنی عدم تعلق دیه به مادر به دلیل قتل، دلیل عامی است که تمام فقرات روایت را شامل می‌شود. به عبارت دیگر، محرومیت زن از ارث در تمام فقرات روایت، معلل به قتل شده است. پس سقط مضغه و علقه هم قتل است و به دلیل قتل بودن، مادر از دیه ارث بردن نمی‌برد. بنابراین بر اساس این روایت نیز از نظر شأن انسانی، تفاوتی بین جنین پیش از ولوج روح و پس از آن وجود ندارد. پس از نظر شرعی، جنین قبل از ولوج روح نیز انسان یا در حکم انسان است و به همین

دلیل، از سقط آن اگرچه در مرحله نطفه باشد، نهی شده است؛ در حالی که اگر قبل از ولوج روح بر آن نبات صدق می‌کرد، بر سقطش قتل اطلاق نمی‌شد و برای آن دیه تعیین نمی‌گشت.

به این روایت، اشکالی وارد شده که واژه قتل زمانی به نحو حقیقی استعمال می‌شود که روح در جنین حلول کرده باشد. بنابراین روایت تنها بر صورتی دلالت می‌کند که روح در جنین حلول کرده باشد (جمعی از مؤلفان، ۱۳۸۸: ۳۲/۲۲). این اشکال به سهولت قابل رد است؛ چرا که اشکال‌کنندگان بر مبنای «انسان نبودن» جنینی که روح در آن دمیده نشده، روایت را تفسیر به حالتی خاص می‌کنند؛ در حالی که ظاهر و اطلاق روایت، برعکس این ادعا را اثبات می‌کند. یعنی عدم ارث مادر به جهت «قتل»، دلیل عامی است که عدم ارث بردن زن را در تمام مراحل تکامل جنین شامل می‌شود. از همین روست که برخی اندیشمندان، برداشت یادشده را «اجتهاد در برابر نص» دانسته‌اند (جعفری، ۱۴۱۹: ۲۵۱).

روایت دیگری نیز در این زمینه وارد شده که ظهور بیشتری در این مورد دارد. متن روایت به این گونه است:

«به امام سجاد علیه السلام عرض کردم: آیا تحول جنین در رحم مادر از مرحله‌ای به مرحله دیگر به وسیله روح است یا غیر آن؟ امام علیه السلام فرمود: به وسیله روحی است غیر از آن حیات قدیمی که در اصلااب مردان و رحم زنان داشت؛ و اگر جنین جز همان حیات، روح دیگری نداشت، نمی‌توانست در رحم از مرحله‌ای به مرحله دیگر تحول پیدا کند و همچنین برای کسی که او را به قتل رسانده، دیه‌ای تعیین نمی‌شد» (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۸۲/۱۰؛ کلینی، ۱۴۰۷: ۳۴۷/۷؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۶: ۷۴۹/۱۶).

این روایت نیز به صراحت، قتل را در تمام مراحل جنینی صادق می‌داند (جعفری، ۱۴۱۹: ۲۵۲). همچنین فقها اتفاق نظر دارند که جنایت خطایی بر جنین -قبل از ولوج روح- بر عهده عاقله است (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۳۱۷/۲۹)؛ زیرا جنایت بر جنین در حکم قتل است و در برخی روایات، بر سقط جنین قبل از ولوج روح، قتل اطلاق شده است (همان). از این مطلب آشکار می‌گردد که فقها نیز به این روایات عمل کرده و جنین قبل از ولوج روح را انسان یا حداقل در حکم انسان دانسته‌اند؛ زیرا فقط جنایت خطایی

بر انسان بر عهده عاقله است، اما در سایر اسباب اتلاف ولو خطای محض هم باشد، جبران خسارت بر عهده خسارت‌زننده است.

از مجموع این روایات به خوبی آشکار می‌شود که از نظر شرعی، نطفه از همان اولین زمان استقرار در رحم، حکم انسان را دارد؛ زیرا زمان استقرار در رحم، اولین مرحله شروع حیات انسانی است. بنابراین نهی از سقط جنین و وجوب دیه بر آن، یک حکم تبعیدی محض نیست؛ بلکه به این دلیل است که مرحله‌ای از انسانیت انسان را از بین برده است. بنابراین از نظر شرعی، جنین قبل از ولوج روح با جنین بعد از ولوج روح از نظر احترام و ارزش انسانی تفاوتی ندارد و بر سقط آن در هر مرحله‌ای، قتل اطلاق می‌گردد و از نظر فقهی مسلم است که دلیل عسر و حرج نمی‌تواند حرمت قتل را بردارد. لذا به همان دلیلی که عسر و حرج نمی‌تواند سقط جنین بعد از ولوج روح را تجویز کند، قابلیت برداشتن حرمت سقط قبل از ولوج روح را هم ندارد.

۳. بحث حکمی (قابلیت قاعده لاجرح در مجاز کردن سقط جنین)

در بخش اول ثابت شد که جنین از بدو وجود، حکم انسان داشته و سقطش حکم قتل دارد و لذا ادله عسر و حرج نمی‌تواند حرمت آن را بردارد. اما اگر کسی این استدلال را نپذیرد، باید گفت استدلالی که برای جواز سقط جنین ناقص بیان شده، از نظر حکمی نیز قابل مناقشه است. همان طور که قبلاً گفته شد، به نظر قائلان به جواز حکم اولیه سقط جنین ناقص حرمت است و فقط در صورت وجود عسر و حرج و از نظر حکم ثانوی، این امر را جایز می‌دانند. حال در اینجا این سؤال مطرح می‌شود که دلیل عسر و حرج همان طور که بر ادله واجبات مقدم می‌شود، آیا قابلیت برداشتن محرمات را هم دارد؟ در پاسخ به این مسئله، برخی فقیهان بر این باورند که دلیل عسر و حرج بر ادله محرمات نیز حاکم است؛ زیرا ادله‌ای که بر رفع حرج دلالت می‌کند، مانند آیه شریفه ﴿مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾، اطلاق دارد و شامل همه احکام اعم از واجبات و محرمات می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۲۰۱/۱؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۵: ۱۵۵). برای حکومت لاجرح بر محرمات، به روایتی هم استناد شده است (فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۵: ۱۵۵) که بدین شرح است:

مردی از امام صادق علیه السلام درباره شخص مُحرم سؤال کرد که در هنگام وضو برای اینکه آب را به طور کامل به زیر محاسن برساند، یک یا دو مو از محاسنش کنده می‌شود؟ امام فرمود: اشکالی ندارد؛ ﴿مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ «حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۷۲/۱۳».

به نظر می‌رسد هر دو وجه مذکور دارای اشکال است. روایت فوق که اصلاً دلالتی بر مطلب ندارد؛ زیرا از ادله دیگر برمی‌آید که کندن موی محرم اگر اختیاری باشد، حرام است؛ اما چنانچه به طور قهری و غیر عمدی مویی ساقط شود، اشکالی ندارد (موسوی گلپایگانی، ۱۴۰۳: ۱۷۸/۲؛ مدنی کاشانی، ۱۴۱۱: ۱۴۶/۳). لذا در اینجا، امام علیه السلام آیه لاحرج را به عنوان دلیل حکم مذکور ذکر نکرده و عدم حرمت در اینجا به دلیل لاحرج نیست؛ بلکه به علت عدم اختیاری بودن آن است. نهایتاً می‌توان گفت که امام علیه السلام برای اشاره به حکمت حکم و عدم جعل حرمت بر اسقاط قهری از طرف شارع، آیه مذکور را قرائت فرموده است. مستدل نیز در جای دیگری می‌گوید در موردی که دلیل مستقلی بر حکم داریم، لاحرج به عنوان حکمت حکم لحاظ می‌شود (فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۵: ۱۴۹).

اما در پاسخ دلیل اول، درست است که آیه شریفه مطلق است و همه واجبات و محرمات اعم از صغیره و کبیره را در بر می‌گیرد، اما این اطلاق پذیرفتنی نیست؛ زیرا برخی از محرمات به خصوص محرمات کبیره مانند قتل نفس، زنا و به ویژه زنا با زن شوهردار، دارای مفاسد عظیمی است که شارع راضی به رفع حرمت آنها توسط لاحرج نیست؛ به خصوص اگر مراد از حرج، ضیق عرفی بوده و حرج شخصی ملاک باشد (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۶۵/۱). دلیل مطلب اینکه منشأ اکثر محرمات، شهوت و غضب است و در حقیقت نهی در جایی صادر می‌شود که انسان یک میل درونی برای انجام آن دارد (حیدری، ۱۴۰۳: ۱۰۸) و آنچه انسان را به سوی محرمات سوق می‌دهد، هوای نفس اعم از طغیان غضب یا شهوت است و جلوگیری از شهوت و غضب در هنگام طغیان آنها، نیاز به مجاهده نفس دارد و امری بسیار دشوار است و به همین دلیل، جهاد اکبر نامیده شده است (کلینی، ۱۴۰۷: ۱۲/۵)؛ منسوب به امام رضا علیه السلام، ۱۴۰۶: ۳۸۰؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۶۱/۱۵؛ همو، ۱۴۱۸: ۲۱۴/۲؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۶: ۲۱۷/۱۲؛ مجلسی، ۱۴۱۰: ۳۰۵/۷۹). به

عبارت دیگر، ارتکاب محرمات عمدتاً ناشی از غلبه شهوت و غضب و مانند آن است؛ اما ترک واجبات غالباً از علل دیگری مانند کاهلی نشئت می‌گیرد. بر این اساس، اگر بنا باشد که حرج - یعنی مشقتی که معمولاً تحمل نمی‌شود نه عجز (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۱۸۲/۱) - مجوز ارتکاب محرمات باشد، هرج و مرج و اختلال نظام پیش می‌آید (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۱۴۷۱/۵ و ۲۹۵۶/۹). لذا اگر حرج رافع حرمت باشد، معنایش این است که دین، اجازه تحقق مفسد را در عمده موارد داده باشد؛ در حالی که بالضروره این مطلب باطل است. به علاوه، باعث لغویت ارسال رسل و انزال کتب می‌گردد؛ چون آن‌ها برای مهار شهوت و غضب و جلوگیری از مفسد آمده‌اند.

همچنین مراجعه به مجموع ادله شرعی به وضوح نشان می‌دهد که محرمات با لاحرج تجویز نمی‌شوند؛ بلکه محرمات تنها هنگامی مجاز می‌گردند که به حد اضطراب برسد و حد اضطراب، خوف بر نفس است (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۶۴۴/۴). شاهد بر این مطلب، آیه شریفه «قَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ» (انعام/۱۱۹) است. همان طور که ملاحظه می‌شود، خداوند متعال در این آیه شریفه، جواز ارتکاب محرمات را متوقف بر اضطراب کرده است نه حرج! و فرموده: «إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ» و فرموده است: «إِلَّا مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ!». در آیه ۱۷۳ سوره مبارکه بقره که در مقام برشمردن محرمات است، می‌فرماید: «فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ». آیه ۱۴۵ سوره مبارکه انعام نیز با همین مضمون وارد شده است. آیه ۳ سوره مائده نیز بر جواز محرمات در صورت اضطراب دلالت می‌کند. در تمام این آیات شریفه، ارتکاب محرمات تنها در صورت اضطراب مجاز شمرده شده است؛ در حالی که شارع در مقام بیان حکم بوده و اگر تجویز محرمات در زمان حرج جایز بود، باید بیان می‌فرمود. از طرف دیگر، ائمه علیهم‌السلام در روایات فقط برای برداشتن واجبات به لاحرج استناد کرده‌اند (برای دیدن روایات رک: مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۱۶۶/۱-۱۷۵) و در هیچ روایتی به استناد لاحرج، حکم حرام تجویز نشده است.^۱ عقل هم نمی‌تواند به تجویز محرمات توسط حرج ملتزم گردد؛ زیرا همان طور که گفته شد، این امر با اهداف نهی از محرمات منافات دارد و سبب لغویت

۱. روایتی که مورد استناد یکی از فقها قرار گرفته بود، پاسخ داده شد که هیچ دلالتی بر رفع حکم حرام در صورت حرج ندارد.

ارسال رسل و ایجاد هرج و مرج و اختلال نظام جامعه می‌شود. به علاوه، در هیچ جای کتب فقهی متقدمان یا سیره ائمه علیهم‌السلام مشاهده نشده که فعل حرامی به استناد لاجرح تجویز شود. مؤید این مطلب، روایت اسحاق بن عمار است؛^۱ چون وقتی راوی از امام علیه‌السلام درباره سقط جنین ناشی از ترس زن سؤال می‌کند، امام مطلقاً از این کار نهی می‌کند و نمی‌فرماید که اگر ترس به حد حرج رسید، اشکال ندارد! در حالی که در مقام بیان بوده است.

بنابراین با توجه به مجموع ادله، نمی‌توان برای تجویز محرّمات به دلیل لاجرح تمسک کرد (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۵: ۱۲۵/۲؛ شریف کاشانی، ۱۴۰۴: ۳۳). لذا نمی‌توان با استناد به این دلیل، سقط جنین ناقص قبل از ولوج روح را تجویز کرد.

از طرف دیگر، رفع حکم حرجی از باب لطف و امتنان به بندگان است. بنابراین لاجرح تا جایی بر ادله احکام اولیه - اعم از واجبات و محرّمات - مقدم می‌شود که برخلاف امتنان نباشد (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۶۵/۱). بنابراین حتی اگر رفع محرّمات توسط لاجرح را بپذیریم، تا جایی تقدم لاجرح بر محرّمات قابل قبول است که مخالف امتنان نباشد. اما در محل بحث، برداشتن حرمت سقط جنین به دلیل حرج والدین، با امتنان نسبت به جنین منافات دارد؛ زیرا بر اثر سقط، یک انسان که قابلیت زیستن را داراست، از نعمت زندگی محروم می‌گردد. لذا در محل بحث، رفع حرمت سقط توسط لاجرح خلاف امتنان بوده و پذیرفتنی نیست.

به علاوه، به فرض که تجویز محرّمات توسط لاجرح صحیح باشد، لاجرح تنها زمانی می‌تواند حکمی را بردارد که فعلی که انسان مکلف به آن شده، برایش حرجی باشد؛ مثلاً زمانی حکم وجوب وضو به استناد لاجرح برداشته می‌شود که وضو به دلیلی برای مکلف حرجی باشد (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۱۸۴/۱؛ سبحانی تبریزی، ۱۴۲۴: ۳۰۷/۳). با توجه به بیان مذکور، لاجرح وقتی می‌تواند حکم حرمت سقط را بردارد که نگهداری جنین در زمان بارداری برای مادر حرجی باشد. چنانچه برخی فقها نیز به همین صورت فتوا داده‌اند (حسینی سیستانی، ۱۴۱۶: ۴۳۰). البته در این مورد نیز برخی حرج را به خوف

۱. این روایت در بخش قبل نقل شده است.

بر هلاکت تفسیر کرده‌اند (موسوی خویی، ۱۴۲۷: ۱۴۵ و ۱۵۱). اما در صورتی که در حال حاضر، نگهداری جنین برای مادر حرجی نداشته باشد و صرفاً در آینده و بعد از تولد برای مادر ایجاد حرج کند، نمی‌توان به استناد حرج فرضی و تقدیری، از اطلاق حرمت سقط دست برداشت (خرازی، بی‌تا: ۸۰/۱۵). اگر کسی این استدلال را نپذیرد، حداقل شک می‌شود که آیا دلیل عسر و حرج، حرمت سقط جنین ناقص را برمی‌دارد؟ پاسخ این است که هر جا در دخول موردی تحت لاجرح شک شود، اصل بر عدم خروج مورد از عام تکلیفی است (نراقی، ۱۴۱۷: ۱۹۴). توضیح مطلب آنکه هر جا یک دلیل ناظر به دلیل عام یا مطلق باشد و بر خروج مواردی از تحت عام یا مطلق دلالت نماید، دلیل ناظر باید به طور یقینی آن مورد را در بر گیرد، وگرنه اصل بر عدم خروج آن مورد از تحت دلیل عام یا مطلق است (حیدری، ۱۴۱۲: ۱۴۰؛ مظفر، ۱۴۳۰: ۲۰۱/۱؛ غروی نائینی، ۱۳۵۲: ۲۵۴/۲). حال چه تقدم لاجرح بر ادله احکام اولیه را از باب تخصیص بدانیم (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۱۸۵/۱) یا حکومت (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۵۶/۱؛ فاضل موحدی لنگرانی، ۱۴۲۵: ۱۴۳)، برای اینکه دلیل لاجرح بتواند حکمی را از تحت اطلاق سقط جنین خارج کند، باید دخول آن مورد تحت حرج یقینی باشد. در اینجا دلیل لاجرح به طور قطعی، حرج فعلی را در بر می‌گیرد، اما در دخول حرج تقدیری در دلیل لاجرح شک داریم؛ بنابراین از آنجا که دخول حرج تقدیری در لاجرح مشکوک است، دلیل لاجرح توانایی خارج کردن آن را از تحت دلیل حرمت سقط جنین ندارد؛ لذا سقط جنین در صورت وجود حرج تقدیری، همچنان تحت اطلاق حرمت سقط جنین باقی می‌ماند.

۴. بحث موضوعی (حرجی بودن ادامه بارداری)

در بخش قبل، امکان رفع حکم سقط جنین مورد مناقشه جدی قرار گرفت و ثابت شد که دلیل عسر و حرج، قابلیت رفع حرمت سقط جنین را ندارد. اما اگر کسی این مبنا را نپذیرد، باید دید آیا مواردی که به استناد دلیل حرج مجوز سقط می‌گیرند، واقعاً حرجی هستند؟ نوعاً می‌توان نقایص جنینی را به چهار دسته تقسیم کرد:

۱- برخی از این بیماری‌ها فقط سبب نقصان جسمی هستند، اما ذهن کاملاً سالم است؛ مثل نایبایی، ناشنوایی، عدم تشکیل اعضا مانند دست و پا و....

۲- برخی از این بیماری‌ها سبب نقصان ذهنی هستند و در صورت توجهات لازم، شخص می‌تواند سال‌ها به زندگی طبیعی ادامه دهد؛ مانند سندرم داون.

۳- جنین دارای بیماری‌های خونی ژنتیکی است؛ مانند تالاسمی و هموفیلی.

۴- نوزادانی که معمولاً پس از به دنیا آمدن زنده نمی‌مانند و ظرف چند دقیقه یا چند ساعت پس از تولد خواهند مرد؛ مانند آنسفالی (آسمانی و دیگران، ۱۳۸۹: ۶۰).

در حال حاضر، بیماری‌های دسته اول نوعاً قبل از ولوج روح قابل تشخیص و قطعیت نیستند. اما بیماری‌های گروه‌های بعد تا حدودی قابل تشخیص‌اند و در صورت محرز شدن آن‌ها قبل از چهارماهگی، مجوز سقط آن‌ها داده می‌شود. صرف‌نظر از احتمال خطای انسانی که در تشخیص این بیماری‌ها وجود دارد، پزشک وقتی می‌تواند مجوز سقط صادر کند که توسط سه پزشک احراز شود که نگهداری جنین بعد از تولد، سبب حرج والدین است. حال در اینجا دو سؤال مطرح می‌شود: اولاً آیا پزشک مرجع مناسبی برای تشخیص حرج است؟ ثانیاً مقصود از حرج چیست و آیا مقصود حرج جسمی است یا روحی یا اقتصادی؟

در رابطه با سؤال اول باید گفت اینکه ماده واحده سقط جنین، تشخیص حرج را برعهده پزشک متخصص نهاده، در حقیقت حرج را نوعی فرض کرده و ملاک تشخیص حرج را نوع بیماری قرار داده است. کاری که پزشکان انجام می‌دهند این است که گروهی از بیماری‌ها مثل سندرم داون، تالاسمی ماژور، هموفیلی و... را تعیین کرده و آن‌ها را مطلقاً حرجی می‌دانند و برای هر شخصی که چنین بیماری‌هایی در جنین او ثابت شود، مجوز سقط صادر می‌کنند. این امر با معیارهای شرعی مغایرت دارد؛ زیرا از نظر شرعی، حرج شخصی ملاک رفع تکلیف است (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۳۹۰/۱؛ عراقی، ۱۳۸۸: ۱۳۴؛ شیرازی، ۱۴۲۳: ۳۸؛ آل کاشف‌الغطاء، ۱۳۸۱: ۲۸۹/۱؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۵: ۱۴۵؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۱۹۶/۱) و معیار تشخیص حرج، شخص مکلف است (تبریزی، ۱۴۱۶: ۳۰۹/۳؛ حسینی شیرازی، ۱۴۲۱: ۳۳). حتی کسانی که قائل‌اند تکلیف باید عرفاً حرجی باشد (نراقی، ۱۴۱۷: ۱۸۷ و ۱۹۴)، باز هم معتقد به حرج شخصی هستند؛ یعنی در مقام ثبوت باید حال مکلف و شرایط او لحاظ شود، اما تشخیص حرج در مقام اثبات با عرف است (همان: ۱۹۵). به عبارت دیگر، اینکه صرفاً مکلف بگوید این

تکلیف برای من حرجی است، تکلیف مرتفع نمی‌شود؛ بلکه عرف نیز باید حرجی بودن تکلیف را نسبت به آن مکلف تأیید کند. بنابراین به فرض که ادله حرج، توانایی رفع حکم سقط را داشته باشند و به فرض که در بیماری خاصی حرج ثابت شود، نمی‌تواند برای همه مکلفان حکم واحدی داشته باشد؛ بلکه هر مکلفی با توجه به شرایط خودش باید بسنجد که نگهداری آن فرزند در آن شرایط برای او حرج دارد یا خیر، و سخن پزشک در اینجا حجت شرعی محسوب نمی‌شود.

اما در پاسخ به سؤال دوم، اگر مقصود حرج اقتصادی باشد، مسلم است که نگهداری از بسیاری از این بیماران نظیر تالاسمی و هموفیلی، هزینه‌های زیادی را به خانواده بیمار تحمیل می‌کند و چه بسا تأمین این هزینه‌ها از عهده شماری از خانواده‌ها خارج باشد و آن‌ها را به تنگنا و حرج بیندازد. اما واضح است که عسر و حرج اقتصادی نمی‌تواند مجوز سقط جنین باشد؛ زیرا خداوند متعال در قرآن کریم به صراحت از کشتن فرزند به سبب مشکلات اقتصادی نهی می‌کند (اسراء/ ۳۱؛ انعام/ ۱۵۱) و نهی ظهور در حرمت دارد (مظفر، ۱۴۳۰: ۱۴۹/۱)؛ علاوه بر آن، فقهایی که حرج را مجوز سقط قبل از ولوج روح می‌دانند، در صورت حرج اقتصادی، سقط جنین را تجویز نمی‌کنند (موسوی خمینی، ۱۴۲۴: ۲/۹۴۵). بنابراین حرج اقتصادی نمی‌تواند مجوز سقط جنین باشد.

اما اگر مقصود حرج روحی باشد، باید اقرار کرد که داشتن فرزند معلول به ویژه معلول ذهنی مانند سندرم داون برای بسیاری از افراد، حرج روحی دارد. حال سؤال این است که آیا دلیل لاجرح ناظر به حرج روحی هم هست؟ به عبارت دیگر، حرج به طور یقینی حرج جسمی را در بر می‌گیرد، اما در دخول حرج روحی در دلیل لاجرح شک داریم؛ تکلیف چیست؟ پاسخ اینکه هر جا در دخول موردی تحت حرج یقین حاصل نشود، باید به اطلاق دلیلی که تکلیف را به صورت لابشرط ثابت می‌کند، رجوع شود (نراقی، ۱۴۱۷: ۱۹۴). در اینجا، دلیل حرمت سقط جنین اطلاق دارد و از طرف دیگر، دلیل عسر و حرج به طور یقینی حرج جسمی را در بر می‌گیرد، اما در دخول حرج روحی در دلیل لاجرح شک داریم؛ بنابراین از آنجا که دخول حرج روحی در دلیل لاجرح مشکوک است، دلیل لاجرح توانایی خارج کردن آن را از تحت دلیل حرمت سقط ندارد. لذا سقط جنین در صورت وجود حرج روحی، همچنان تحت اطلاق حرمت

سقط جنین باقی می ماند. برخی فقها نیز بر عدم رفع تکلیف توسط حرج روحی تصریح کرده اند (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۱۹۵/۱؛ نجفی خوانساری، ۱۳۷۳: ۲۲۴). کلام برخی فقها نیز اشعار به این امر دارد (فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۵: ۱۴۰).

اما اگر مقصود حرج جسمی باشد، که قدر متیقن از دلیل لاجرح همین است، به این صورت که نگهداری فرزند معلول برای والدین حرج جسمی داشته باشد، باید اذعان کرد اکثر قریب به اتفاق مواردی که مجوز سقط می گیرند، برای والدین حرج جسمی ندارند؛ مثلاً بیماری تالاسمی و هموفیلی، چه حرج جسمی به والدین تحمیل می کند؟! بله، البته خود شخص بیمار در رنج و عذاب جسمی است؛ اما هیچ دلیلی اجازه نمی دهد به صرف عسر و حرجی که ممکن است به دلیل بیماری بر شخصی وارد می شود، او را در مرحله جنینی از بین ببریم. هیچ فقیهی هم ملتزم به این امر نشده است (موسوی خمینی، ۱۴۲۴: ۹۴۵/۲؛ حسینی خامنه ای، ۱۴۲۰: ۳۰/۲). در حال حاضر، یکی از دلایل اصلی آزمایش غربالگری و صدور مجوز سقط، تشخیص سندرم داون است؛ در حالی که نگهداری از شخصی که سندرم داون دارد، واقعاً حرجی ندارد. همه ما کم و بیش بیمار سندرم داون دیده ایم. اکثر قریب به اتفاق آن ها انسان های بی آزاری هستند. اکثر آنان قدرت یادگیری و کسب مهارت برای زندگی را دارند (صالحی مازندرانی و احسانی، ۱۳۹۶: ۱۲۳). منتهی نسبت به کودکان طبیعی، تأخیر در یادگیری و کسب مهارت دارند؛ چون توانایی ذهنی آن ها از میانگین توانایی ذهنی افراد طبیعی کمتر است (همان). به علاوه، این بیماری درجه خفیف، متوسط و شدید دارد که به اذعان متخصصان، اکثر بیماران در حد خفیف و متوسط هستند و این اشخاص با حمایت و آموزش می توانند زندگی طبیعی داشته باشند و از عهده کارهای ساده مانند کار در فروشگاه ها برمی آیند (همان: ۱۲۲-۱۲۳). در حالی که آزمایش غربالگری قدرت تشخیص درجه بیماری را ندارد و فقط به طور کلی بیماری را تشخیص می دهد. حال آیا از نظر شرعی می توان جنینی را که قادر است زندگی طبیعی داشته باشد و فقط از توانایی ذهنی کمتری نسبت به افراد طبیعی برخوردار است، از بین برد؟

به علاوه، بر فرض که نگهداری فرزند ناقص یا معلول برای والدین دارای حرج باشد، نهایتاً تکلیف حضانت را از عهده والدین ساقط می کند، اما مجوز از بین بردن

جنین را به مادر نمی‌دهد؛ زیرا لاجرح تکلیف را فقط به اندازه‌ای برمی‌دارد که موجب حرج باشد، نه بیش از آن (عراقی، ۱۳۸۸: ۱۳۳). در این موارد، بر فرض که نگهداری کودک ناقص و معلول برای والدین حرجی باشد، می‌توانند کودک را به مراکز بهزیستی و توان‌بخشی که برای همین منظور تأسیس شده‌اند، بسپارند.^۱ همچنان که این امر یک روش عقلایی بوده و در تمام دنیا مرسوم است.

با توجه به مطالب مذکور، در بسیاری از مواردی که زیر سایه عسر و حرج مجوز سقط داده می‌شود، یا اصلاً حرجی وجود ندارد یا حرج روحی یا اقتصادی است که مجوز سقط نیست. اگر هم حرج جسمی در موردی وجود داشته باشد، نمی‌تواند مجوز سقط باشد و نهایتاً وجوب حضانت را از عهده والدین برمی‌دارد.

در انتها لازم به ذکر است که اگرچه از منظر فقهی، وظیفه مجتهد تنها بیان احکام بوده و تشخیص مصداق بر عهده مکلف است (رضایی‌راد، ۱۳۹۸: ۱۱۸)، اما امروزه به دلیل گستردگی جوامع، پدیدار شدن مسائل مستحدثه و مشکل بودن تشخیص مصداق در برخی موارد، ضرورت ورود فقه در عرصه مصداق‌شناسی بیش از گذشته احساس می‌شود؛ زیرا چه‌بسا عدم تعیین مصداق و سپردن آن به مکلف، در برخی موارد سبب اشتباه مکلفان در تشخیص مصداق احکام شرعی شده و موجب نتایجی شود که اصلاً مقصود عالم دینی نبوده و هماهنگ با احکام شریعت نباشد. نگاهی به استفتائات مراجع عظام تقلید در مسئله سقط جنین ناقص‌الخلقه دلیلی بر این امر است؛ زیرا فقهای که سقط جنین ناقص قبل از چهارماهگی را در صورت وجود حرج می‌پذیرند، وقتی به طور خاص درباره حکم سقط در بیماری‌های ژنتیکی، عقب‌افتادگی ذهنی، تشخیص قطعی مرده متولد شدن طفل یا مرگ فوری پس از تولد (مانند آنسفالی)

۱. برخی فقهای معتقد به جواز در فرض مورد بحث، در پاسخ به استفتاء، در جایی که مادر مجنون باشد که نه تنها نگهداری طفل برای او حرجی بلکه بالاتر از آن غیر ممکن است، اجازه سقط نداده‌اند (موسوی خمینی، ۱۴۲۲: ۲۸۱/۳؛ فاضل لنکرانی، بی‌تا(ب): ۴۶۲/۱). حال سؤال این است که چطور در فرض جنون والدین که نگهداری طفل برای آنها، حداقل در برخی فروض غیر ممکن است، اجازه سقط نداده‌اند؛ اما در فرض نقصان طفل اجازه داده‌اند؟! چطور در فرض ناقص‌الخلقه بودن، حرج والدین در نگهداری طفل، حرمت سقط را برمی‌دارد، اما در فرض جنون والدین، حرج و بلکه عدم امکان نگهداری طفل، حرمت سقط را برنمی‌دارد؟

سؤال می‌شود، حکم به عدم جواز سقط می‌دهند (فاضل موحدی لنکرانی، بی‌تا(الف): ۱۱۵-۱۱۶؛ همو، بی‌تا(ب): ۴۶۰/۱؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۶-۲۳۹-۲۴۰؛ همو، ۱۴۲۷: ۱/۴۱۹-۴۲۰). در حالی که پزشکان در همین بیماری‌ها به استناد حرج، مجوز سقط را صادر کرده و خانواده‌ها اقدام به سقط جنین می‌کنند. بنابراین به نظر می‌رسد در مواردی که تشخیص مصداق مشکل است، از جمله تشخیص موارد حرجی در سقط درمانی، بایسته است که فقها در تشخیص مصداق حکم وارد شوند و در صورت لزوم با مشورت متخصصان مربوطه، مصداق حکم و وظیفه عملی مکلف را مشخص نمایند، تا در اثر عدم آگاهی نسبت به امور دینی و اشتباه در تطبیق احکام شرعی بر مصداق، مکلفان دچار اشتباه نشوند و جامعه از احکام شریعت فاصله نگیرد.

نتیجه‌گیری

حرمت سقط جنین از نظر شرعی امری مسلم و مورد پذیرش فقهای امامیه است. اما با پیشرفت علم پزشکی و امکان تشخیص بیماری‌های ژنتیکی و نقایص جسمی و ذهنی در دوران جنینی، امکان شرعی سقط جنین به دلیل این بیماری‌ها به یکی از مسائل چالش‌برانگیز تبدیل شده است. البته در صورتی که جنین از مرحله ولوج روح گذشته باشد، همه فقها بر عدم جواز سقط علی‌رغم وجود نقایص جسمی یا ذهنی اتفاق نظر دارند؛ زیرا سقط جنین در این مرحله، قتل نفس محترم محسوب می‌شود. اما اگر نقایص جسمی قبل از ولوج روح تشخیص داده شود، برخی فقها به استناد قاعده نفی عسر و حرج معتقدند چنانچه نقصان به حدی باشد که سبب حرج والدین بعد از تولد گردد، سقط جنین قبل از ولوج روح جایز می‌گردد. اما این نظر با ایرادات اساسی زیر مواجه است:

۱- تفکیک بین قبل و بعد از ولوج روح، خالی از وجه شرعی است؛ زیرا بر اساس آیات و روایات، موجودیت انسان از زمان انعقاد و استقرار نطفه در رحم آغاز می‌شود و از بین بردن جنین در هر مرحله‌ای، از بین بردن مرحله‌ای از انسانیت انسان است. از همین جهت در نصوص شرعی به سقط جنین در هر مرحله‌ای، قتل اطلاق شده است و از نظر فقهی مسلم است که دلیل عسر و حرج نمی‌تواند حرمت قتل را بردارد. لذا به

همان دلیلی که عسر و حرج نمی‌تواند سقط جنین بعد از ولوج روح را تجویز کند، قابلیت برداشتن حرمت سقط قبل از ولوج روح را هم ندارد.

۲- بر اساس ادله شرعی، قاعده لاجرح توانایی تجویز محرمات را ندارد و حرمت تنها در صورتی مرتفع می‌گردد که به حد اضطرار برسد. لذا نمی‌توان با استناد به این دلیل، سقط جنین ناقص را قبل از ولوج روح تجویز کرد. به علاوه، بر فرض که تجویز محرمات توسط لاجرح صحیح باشد، لاجرح تنها زمانی می‌تواند حکمی را بردارد که فعلی که انسان مکلف به آن شده است، برای مکلف حرجی باشد؛ مثلاً زمانی حکم وجوب وضو به استناد لاجرح برداشته می‌شود که وضو به دلیلی برای مکلف حرجی باشد. بنابراین لاجرح وقتی می‌تواند حکم حرمت سقط را بردارد که نگهداری جنین در زمان بارداری برای مادر حرجی باشد. اما چنانچه در حال حاضر نگهداری جنین برای مادر حرجی نداشته باشد و صرفاً در آینده و بعد از تولد برای والدین ایجاد حرج کند، نمی‌توان به استناد حرج فرضی و تقدیری، از اطلاق حرمت سقط دست برداشت.

۳- تجویز سقط جنین ناقص توسط دلیل نفی حرج، از نظر موضوعی نیز قابل انتقاد است؛ زیرا از طرفی حرج اقتصادی و حرج روحی، قابلیت تجویز سقط جنین را ندارد؛ چون قدر متیقن دلیل نفی حرج، حرج جسمی است و از طرف دیگر، بسیاری از مواردی که به استناد حرج مجوز سقط می‌گیرند، از نظر جسمی برای والدین حرجی ندارند. به علاوه، بر فرض ثبوت حرج نیز فقط تکلیف حضانت از عهده والدین ساقط می‌شود، اما سقط جنین مجاز نمی‌گردد؛ زیرا لاجرح تکلیف را فقط به اندازه‌ای ساقط می‌کند که موجب حرج باشد، نه بیش از آن.

با توجه به وجوه مذکور، دلیل نفی حرج، قابلیت تجویز سقط جنین ناقص الخلقه را ندارد. همچنین بسیاری از این بیماری‌ها ژنتیکی هستند و به وسیله مشاوره و آزمایشات ژنتیکی قبل از ازدواج قابل پیش‌بینی می‌باشند. بنابراین به جای اینکه بعد از تشکیل جنین به فکر رفع آن بيفتیم، می‌توان با اجباری کردن آزمایشات ژنتیکی پیش از ازدواج به ویژه در ازدواج‌های فامیلی، از تشکیل تعداد قابل ملاحظه‌ای جنین ناقص الخلقه پیشگیری کرد؛ چنان که در حال حاضر، این کار برای بیماری تالاسمی صورت می‌گیرد.

کتاب شناسی

۱. قرآن کریم.
۲. آسمانی، امید و دیگران، «چالش های اجرایی قواعد نفی عسر و حرج، لاضرر و اضطرار در سقط درمانی»، فصلنامه فقه پزشکی، سال دوم، شماره های ۳-۴، تابستان و پاییز ۱۳۸۹ ش.
۳. آل کاشف الغطاء، علی بن محمدرضا، النور الساطع فی الفقه النافع، نجف اشرف، مطبعة الآداب، ۱۳۸۱ ق.
۴. بهجت، محمدتقی، استفتائات، قم، دفتر معظم له، ۱۴۲۸ ق.
۵. تبریزی، جواد بن علی، صراط النجاة، قم، دار الصدیقة الشهیده، ۱۴۲۷ ق.
۶. ترحینی عاملی، سیدمحمدحسین، الزبدة الفقهیة فی شرح الروضة البهیة، قم، دار الفقه، ۱۴۲۷ ق.
۷. جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، حاشیه سیدمحمد کلاتر، قم، کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
۸. جعفری، محمدتقی، رسائل فقهی، تهران، کرامت، ۱۴۱۹ ق.
۹. جمعی از پژوهشگران، سقط جنین از منظر پزشکی، اخلاقی، فقهی و حقوقی، تهران، سمت، ۱۳۸۸ ش.
۱۰. جمعی از مؤلفان، مجله فقه اهل بیت (علیهم السلام) (فارسی)، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام)، ۱۳۸۸ ش.
۱۱. حرّ عاملی، محمد بن حسن، الفصول المهمة فی اصول الائمة - تکملة الوسائل، قم، مؤسسه معارف اسلامی امام رضا (علیهم السلام)، ۱۴۱۸ ق.
۱۲. همو، تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، قم، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.
۱۳. حسینی حائری، سیدکاکم، الفتاوی المنتخبة (مجموعه اجابات فی فقه العبادات والمعاملات)، قم، دار التفسیر، ۱۳۸۸ ش.
۱۴. حسینی خامنه ای، سیدعلی بن سیدجواد، اجوبة الاستفتائات، چاپ سوم، بیروت، الدار الاسلامیه، ۱۴۲۰ ق.
۱۵. حسینی سیستانی، سیدعلی، الفتاوی المیسره، قم، دفتر معظم له، ۱۴۱۶ ق.
۱۶. حسینی شبر، سیدعلی، العمل الابقی فی شرح العروة الوثقی، نجف اشرف، مطبعة النجف، ۱۳۸۳ ق.
۱۷. حسینی شیرازی، سیدمحمد، الفقه، المرور و آداب السفر، بیروت، مؤسسه المجتبی، ۱۴۲۱ ق.
۱۸. حیدری، سیدعلی نقی، اصول الاستنباط، قم، لجنة ادارة الحوزة العلمیه، ۱۴۱۲ ق.
۱۹. خرازی، محسن، «سقط جنین»، مجله فقه اهل بیت (علیهم السلام)، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام)، بی تا.
۲۰. رضایی راد، عبدالحسین، درسمانه مبادئ علم فقه، تهران، مجد، ۱۳۹۸ ش.
۲۱. زاهدی انارکی، فرزانه و دیگران، «نگاهی فلسفی به عاقبت جنین ناهنجار از منظر ملاصدرا»، مجله ایرانی اخلاق و تاریخ پزشکی، دوره هفتم، شماره ۵، دی ۱۳۹۳ ش.
۲۲. سبحانی تبریزی، جعفر، ارشاد العقول الی مباحث الاصول، قم، مؤسسه امام صادق (علیهم السلام)، ۱۴۲۴ ق.
۲۳. همو، الرسائل الاربع، قم، مؤسسه امام صادق (علیهم السلام)، ۱۴۱۵ ق.
۲۴. شبیری زنجان، سیدموسی، کتاب نکاح، قم، رای پرداز، ۱۴۱۹ ق.
۲۵. شریف کاشانی، ملاحبیب الله، تسهیل المسالك الی المدارک، قم، المطبعة العلمیه، ۱۴۰۴ ق.
۲۶. شیرازی، کاظم، شرح العروة الوثقی (لکاشف الغطاء)، نجف اشرف، مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۳ ق.
۲۷. صالحی مازندرانی، محمد، و معصومه احسانی، «اعمال حقوقی افراد مبتلا به سندرم داون»، فصلنامه حقوق پزشکی، سال یازدهم، شماره ۴۱، تابستان ۱۳۹۶ ش.

۲۸. صدوق، ابوجعفر محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، من لایحضره الفقیه، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.

۲۹. طوسی، محمد بن حسن، الاستبصار فیما اختلف من الاخبار، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۹۰ ق.

۳۰. همو، تهذیب الاحکام، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.

۳۱. عراقی، ضیاء الدین، الاجتهاد والتقلید، قم، نوید اسلام، ۱۳۸۸ ش.

۳۲. علامه حلی، ابومنصور جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ ق.

۳۳. غروی نائینی، محمدحسین، اجود التقريرات، تقریر سید ابوالقاسم موسوی خویی، قم، اسلامی، ۱۳۵۲ ش.

۳۴. همو، مثنیة الطالب فی حاشیة المکاسب، تقریر موسی نجفی خوانساری، تهران، المکتبه المحمدیه، ۱۳۷۳ ق.

۳۵. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، احکام پزشکان و بیماران، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا. (الف)

۳۶. همو، ثلاث رسائل، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۵ ق.

۳۷. همو، جامع المسائل، چاپ یازدهم، قم، امیر قلم، بی‌تا. (ب)

۳۸. فیاض کابلی، محمد اسحاق، منهاج الصالحین، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.

۳۹. فیض کاشانی، محمد محسن بن شاه مرتضی، کتاب الوافی، اصفهان، کتابخانه امام امیرالمؤمنین علی علیه السلام، ۱۴۰۶ ق.

۴۰. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، الکافی، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.

۴۱. مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی، بحار الانوار الجامعة لدرر اخبار الائمة اطهار علیهم السلام، چاپ دوم، بیروت، مؤسسة الطبع و النشر، ۱۴۱۰ ق.

۴۲. محسنی، محمد آصف، الفقه و مسائل طبیه، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۴ ق.

۴۳. مدنی کاشانی، رضا، براهین الحجج للفقهاء والحجج، کاشان، مدرسه علمیه آیه‌الله مدنی کاشانی، ۱۴۱۱ ق.

۴۴. مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، چاپ پنجم، قم، مطبعة العرفان، ۱۴۳۰ ق.

۴۵. مکارم شیرازی، ناصر، احکام النساء، قم، مدرسه امام علی بن ابی‌طالب علیه السلام، ۱۴۲۶ ق.

۴۶. همو، الفتاوی الجدیده، چاپ دوم، قم، مدرسه امام علی بن ابی‌طالب علیه السلام، ۱۴۲۷ ق.

۴۷. همو، القواعد الفقهیه، چاپ سوم، قم، مدرسه امام امیرالمؤمنین علیه السلام، ۱۴۱۱ ق.

۴۸. همو، بحوث فقهیه هامه، قم، مدرسه امام علی بن ابی‌طالب علیه السلام، ۱۴۲۲ ق.

۴۹. منسوب به امام رضا علیه السلام، الفقه - فقه الرضا علیه السلام، مشهد، مؤسسة آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۰۶ ق.

۵۰. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، استفتانات، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۲ ق.

۵۱. همو، توضیح المسائل، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۴ ق.

۵۲. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، صراط النجاة، قم، مکتب نشر المنتخب، ۱۴۱۶ ق.

۵۳. همو، فقه الاعذار الشرعیة و المسائل الطبیة (المحشی)، قم، دار الصدیقه الشهیده علیه السلام، ۱۴۲۷ ق.

۵۴. موسوی سبزواری، سید عبدالاعلی، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، قم، المنار، ۱۴۱۳ ق.

۵۵. موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا، ارشاد السائل، بیروت، دار الصفوه، ۱۴۱۳ ق.

۵۶. همو، کتاب الحج، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۰۳ ق.

۵۷. نجفی خوانساری، موسی بن محمد، رساله فی قاعدة نفی الضرر، تهران، المکتبه المحمدیه، ۱۳۷۳ ق.

۵۸. نراقی، احمد بن محمد مهدی، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.

اجبار اعتباری در شرط ترک فعل حقوقی*

- محمد صالحی مازندرانی^۱
- پیام محمدی میرعزیزی^۲

چکیده

قانون مدنی در مورد ضمانت اجرای شرط ترک فعل حقوقی سکوت کرده و همین، باعث اختلاف نظر میان حقوق دانان شده است. برخی به بطلان، بعضی به صحت و دیگران به عدم نفوذ عمل حقوقی منهی عنه رأی داده‌اند. این پژوهش در تقویت نظریه اخیر می‌کوشد و بدین منظور، نظریه اجبار اعتباری را مطرح می‌نماید. به موجب این نظریه، ضمانت اجرای تخلف مشروط‌علیه در این نوع شرط، طبق قاعده اولیه، اجبار است و عدم امکان اجبار مشروط‌علیه متصور نیست؛ چرا که اجبار مشروط‌علیه در این فرض اعتباری است؛ بدین معنا که عمل حقوقی منهی عنه به نحو غیر نافذ در عالم اعتبار منعقد می‌شود. به عبارت دیگر، اجبار باید از سنخ فعل مورد نظر باشد و چون فعل مذکور اعتباری است، نحوه

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۳/۲ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۷/۹.

۱. دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه قم (m.salehimazandarani@qom.ac.ir).

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه قم (نویسنده مسئول)
(p.m.mirazizi@gmail.com)

اجبار نیز باید اعتباری باشد. این اجبار خودبه‌خود و بدون نیاز به انجام هیچ گونه عمل مادی یا حقوقی ای انجام می‌شود. همین که به لحاظ حقوقی، بر نقض عهد مشروط‌علیه اثری بار نشود، اجبار محقق شده است و نیاز به عمل دیگری نیست. پذیرش صحت عمل حقوقی منهی‌عنه، علاوه بر ناسازگاری با قصد طرفین، به معنای تجویز پیمان‌شکنی و فسخ عملی قرارداد است. نظریه بطلان نیز با مبانی نظام حقوقی ماسازگاری ندارد.

واژگان کلیدی: شرط، ترک فعل، غیر نافذ، اجبار، اعتباری.

مقدمه

شرط فعل منفی حقوقی، یا شرط ترک فعل حقوقی، شرطی است که ضمن عقد درج می‌شود و مشروط‌علیه را ملزم می‌نماید که عمل حقوقی خاصی، اعم از عقد یا ایقاع را منعقد نسازد (سکوتی نسیمی، ۱۳۹۵: ۱۳۱). حال اگر مشروط‌علیه، این شرط را نقض و عمل حقوقی‌ای را که به موجب شرط نهی شده، منعقد نماید، وضعیت دو عمل حقوقی را تحت تأثیر قرار می‌دهد: نخست، عقدی که شرط ترک فعل حقوقی در ضمن آن درج شده (عقد مشروط) و دوم، عمل حقوقی‌ای که به موجب عقد مذکور نهی شده، اما توسط مشروط‌علیه منعقد گردیده است (عمل حقوقی منهی‌عنه). منظور از عمل حقوقی منهی‌عنه، آن فعل حقوقی‌ای است که ضمن عقد، ترک و عدم انعقاد آن بر مشروط‌علیه شرط شده است. برای مثال، فرض کنیم که الف در عقد بیع ماشینی با ب، بر او شرط نماید که تا یک سال ماشین مذکور را نفروشد. اکنون اگر ب شرط را نقض کند و پیش از یک سال ماشین را به ج بفروشد، هم عقد بیع نخست میان خودش و الف (عقد مشروط) را تحت تأثیر قرار می‌دهد و امکان فسخ آن را ایجاد می‌کند و هم عقد بیع خودش با ج (عمل حقوقی منهی‌عنه) را در معرض عدم نفوذ قرار می‌دهد. قانون مدنی به پیروی از نظر مشهور فقهای امامیه (امامی، ۱۳۹۰: ۳۴۷/۱)،^۱ ضمانت

۱. در میان متقدمان، شهید اول وفای به شرط را واجب ندانسته است (عاملی جزینی، ۱۴۱۰: ۱۲۰). شهید ثانی در شرح این نظر، علت آن را اصل عدم برشمرده و بدون اشاره به رأی خود، به نظر مخالف نیز اشاره کرده است (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۵۰۶/۳). نراقی در *عوائد الایام*، ۵ قول را در خصوص وجوب وفای به شرط، به فقهای امامیه نسبت داده است (نراقی، ۱۴۱۷: ۱۳۶-۱۳۷).

اجرای تخلف از شرط فعل ضمن عقد را طی مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ به طور کلی و بدون اشاره به نوع آن، مورد حکم قرار داده است. به موجب این مواد، در گام نخست، مشروط‌علیه به انجام فعل اجبار می‌شود. اگر اجبار وی نامقدور و انجام فعل از سوی شخص دیگر به نیابت از وی نیز ناممکن باشد، آنگاه در گام دوم، برای مشروط‌له حق فسخ قرارداد اصلی ایجاد می‌شود. اما ضمانت اجرای شرط ترک فعل حقوقی به طور خاص و مستقل، نه در قانون مدنی و نه در فقه مطرح نشده است (جهانگیری و یزدانی، ۱۳۹۱: ۴۷). سکوت قانون مدنی، باعث ایجاد اختلاف در این زمینه گردیده است. اختلاف مذکور در فقه نیز مسبوق به سابقه است و فقها نه به طور کلی، بلکه در ذیل مباحثی چون شرط عدم فسخ یا شرط عدم طلاق، به بحث در این زمینه پرداخته‌اند.

بررسی ضمانت اجرای شرط ترک فعل حقوقی، موضوعی مسبوق به سابقه است و دست کم هشت مقاله به این موضوع پرداخته‌اند که در این پژوهش به تمام آن‌ها اشاره می‌شود. آنچه نگارندگان را به نگارش پژوهشی دیگر در این موضوع وا داشته، این است که اولاً، در این مقاله برای نخستین بار، عدم نفوذ مراعی، به عنوان ضمانت اجرای نقض شرط ترک فعل حقوقی مطرح می‌شود.^۱ ثانیاً، بخش نسبتاً عمده‌ای از این پژوهش به بررسی مبانی این ضمانت اجرا می‌پردازد و بدین منظور برای اولین بار، نظریه اجبار اعتباری طرح می‌شود.^۲

۱. اشاره به مفهوم عدم نفوذ مراعی در خصوص معاملات منافی با شرط ترک فعل حقوقی، در نظریه برخی حقوق‌دانان مشاهده می‌شود؛ ولی ایشان اصطلاح مزبور را به کار نبرده و آن را یکی از مصادیق نظریه عمومی عقد فضولی محسوب نموده‌اند و تفکیکی میان انواع عقد غیر نافذ بیان نکرده‌اند (نعمت‌اللهی، ۱۳۸۸: ۳۲-۳۳). ایشان در نتیجه‌گیری خود، قول صحت معامله با اجازه مشروط‌له را برمی‌گزینند که علی‌رغم شباهت‌های بسیار مهم، تفاوت‌هایی با غیر نافذ مراعی دارد. از جمله تفاوت‌ها این است که یکی صحیح می‌باشد و دیگری غیر نافذ؛ و از آن مهم‌تر اینکه اجازه مشروط‌له تنها راه جریان آثار چنین عقدی نیست. ضمن اینکه عقد فضولی در معنای خاص خود، یکی از مصادیق عقد غیر نافذ موقوف است. عباس کریمی که نظریه پرداز اصلی عقد غیر نافذ مراعی در حقوق است نیز در دو مقاله‌ای که در این باب نگاشته است، علی‌رغم اشاره به مصادیق متعددی از عقد غیر نافذ مراعی و اشاره به معاملات منافی خیار شرط و بیع شرط، به طور خاص، به اعمال حقوقی معارض با شرط ترک فعل حقوقی اشاره نکرده است (کریمی، ۱۳۹۱؛ کریمی و شعبانی کندسری، ۱۳۹۶).

۲. اصطلاح اجبار اعتباری به معنای مورد نظر نگارندگان، در نظرات فقهی مشاهده نشد. با این حال به نظر می‌رسد مبنای نظرات برخی فقها به ویژه شیخ انصاری، همین مسئله باشد. در ادامه، تفصیل این موضوع خواهد گذشت.

استدلال نظریه مذکور آن است که امکان اجبار در شرط ترک فعل حقوقی، ساده‌تر از سایر شروط است؛ چرا که اجبار باید هم‌سنخ شرط باشد و از آنجا که شرط ترک فعل حقوقی، شرطی اعتباری است، اجبار آن نیز اعتباری خواهد بود. به عبارت دیگر، طبق ادعای نگارندگان، ضمانت اجرای نقض شرط ترک فعل حقوقی، این است که عمل حقوقی منهی عنه در حالت عدم نفوذ مراعی قرار می‌گیرد و مبنای این ضمانت اجرا، اجبار اعتباری مشروط‌علیه است. صورت مختصر استدلال، چنین است:

الف) با نقض شرط ترک فعل حقوقی، مشروط‌علیه به رعایت آن اجبار خواهد شد.
ب) اجبار در شرط ترک فعل حقوقی، مانند شرط فعل حقوقی، اجباری اعتباری است.

ج) منظور از اجبار اعتباری، بی‌اثر کردن یک عمل حقوقی است؛ یعنی عمل حقوقی منهی عنه که متضمن نقض شرط است، در عالم اعتبار، فاقد اثر (غیر نافذ) شناخته شود.

د) از آنجا که بی‌اثر نهادن عمل حقوقی متضمن نقض عهد، در راستای حفظ حقوق اشخاص ثالث، یعنی مشروط‌له می‌باشد، لذا عمل حقوقی مذکور، غیر نافذ مراعی خواهد بود.

بنابراین، منظر و منظور این مقاله، متفاوت با سایر پژوهش‌های انجام‌شده در این موضوع می‌باشد و با هیچ یک از آن‌ها همپوشانی ندارد.

جهت ارائه بهتر موضوع و عدم تکرار نظریات و دلایل ارائه‌شده، ابتدا به ایضاح مدعای خود می‌پردازیم و سپس مبنای آن را طرح می‌نماییم. در ادامه جهت تقویت مدعا، ادله و مبانی دیگری نیز ارائه می‌شود و در آخر به بررسی و رد نظریات صحت و بطلان عمل حقوقی منهی عنه می‌پردازیم.

۱. ایضاح مدعا

ضمانت اجرای نقض شرط فعل حقوقی منفی، عدم نفوذ عمل حقوقی منهی عنه است. برای مثال فرض کنیم که فروشنده ضمن عقد بیع یک خانه، بر خریدار شرط کند که تا یک سال آن را اجاره ندهد. در این حال اگر خریدار این شرط را نقض کند

و پیش از یک سال، خانه را اجاره دهد، عقد اجاره (عمل حقوقی منهی عنه) غیر نافذ است.

اما عقد غیر نافذ، خود به دو نوع تقسیم می‌شود: عقد غیر نافذ موقوف و عقد غیر نافذ مراعی. عدم نفوذ موقوف، وضعیت عقدی است که یکی از ارکان درونی (شرایط اساسی صحت عقود) آن مختل است، اما این اختلال به حدی نرسیده که باعث بطلان عقد شود. برای مثال، عقد اکراهی به علت فقدان رضا در حالت عدم نفوذ موقوف است و تنها راه تنفیذ و جریان آثار حقوقی چنین عقدی، ضمیمه شدن اجازه و تنفیذ می‌باشد. در مقابل، عدم نفوذ مراعی، وضعیت عقدی است که به لحاظ ارکان درونی کامل است و آنچه مانع جریان یافتن آثار آن شده، تعلق حقوق اشخاص ثالث به موضوع عقد است. برای مثال، تصرفات ناقله‌ی راهن در موضوع رهن، به علت تعلق حقوق مرتهن، در حالت عدم نفوذ مراعی قرار می‌گیرد؛ یعنی اگر راهن مال مرهونه را بفروشد، این بیع به علت نقض حقوق شخص ثالث (مرتهن) غیر نافذ محسوب می‌شود؛ چرا که مرتهن در عقد بیع مال مرهونه، ثالث محسوب می‌شود. در این حالت، تنفیذ و اجازه‌ی مرتهن یکی از طرق جریان آثار حقوقی است. حالت دیگر این است که حق شخص ثالث به نحو دیگری ادا شود؛ مثلاً راهن، دین مرتهن را پرداخت نماید. در این حالت، بدون نیاز به اجازه‌ی مرتهن، آثار عقد به جریان می‌افتد. بنابراین می‌توان گفت: در عقد غیر نافذ موقوف، تأثیر عقد متوقف بر حصول شرط است و در عدم نفوذ مراعی، عقد در حالت انتظار برای رفع مانع به سر می‌برد (کریمی، ۱۳۹۱: ۱۶۰). اگر مانع زایل شود، معامله خودبه‌خود تنفیذ می‌شود و اگر مانع به ثمر بنشیند، از تصرفات منافی جلوگیری می‌کند (کریمی و شعبانی کندسری، ۱۳۹۶: ۶۸۶). واژه‌ی مراعی وقتی به کار می‌رود که وضعیت یک عمل حقوقی، منوط به تعیین تکلیف وضعیت دیگر است (محقق داماد و دیگران، ۱۳۹۷: ۲۳). به عبارت خلاصه‌تر، عقد غیر نافذ

۱. از یک منظر شاید بتوان گفت که هم در غیر نافذ مراعی و هم غیر نافذ موقوف، به هر حال باید یک شرط محقق شود و از این لحاظ، این دو تفاوتی با یکدیگر ندارند. با این حال باید به این نکته توجه نمود که شرط مذکور در عقد غیر نافذ موقوف، جزء ارکان اساسی عقد (مندرج در ماده ۱۹۰ قانون مدنی) است؛ اما در غیر نافذ مراعی، این شرط جزء شرایط و ارکان اساسی عقد نیست و بیش از آنکه جنبه‌ی تحقق شرط داشته باشد، جنبه‌ی رفع مانعیت دارد.

موقوف، چون شرطی از شروط اساسی آن مفقود است، بی اثر شناخته می‌شود و تا زمانی که شرط مفقود به عقد ضمیمه نشود، عقد جریان نخواهد یافت؛ اما در عقد غیر نافذ مراعی، تعلق حق شخص ثالثی، مانع تأثیر عقد شده است و این مانع به هر نحو که برطرف شود (رضایت ثالث یا ادای حق او)، عقد اثر خود را باز خواهد یافت.

در مانحن‌فیه، عمل حقوقی منهی‌عنه در وضعیت عدم نفوذ مراعی است؛ یعنی عدم جریان آثار عمل حقوقی مذکور، به علت تعلق حقوق اشخاص ثالث، یعنی مشروطه می‌باشد. بنابراین اگر به هر نحو حق وی ادا شود، عمل حقوقی مذکور جریان طبیعی خود را باز می‌یابد. فرض این است که عمل حقوقی منهی‌عنه دارای تمام شرایط صحت درونی است و بنابراین نمی‌تواند در حالت عدم نفوذ موقوف قرار گیرد. از این رو، سرنوشت این عمل حقوقی، به دست مشروطه سپرده می‌شود.

۲. طرح مبنای اجبار اعتباری

همان‌طور که گذشت، اجبار مشروط‌علیه به اجرای شرط، نظریه مشهور در فقه امامیه است (کاشف‌الغطاء نجفی، ۱۴۲۲: ۱۲۸؛ میرزای قمی، ۱۴۲۷: ۹۳۸/۲؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۴۳/۲) و قانون مدنی نیز در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ آن را پذیرفته است. ضمانت اجرای نقض شرط ترک فعل حقوقی منفی، از قاعده ارائه شده در این مواد تخلف نمی‌کند. لذا بر خلاف نظر برخی حقوق‌دانان که امکان اجبار را در این فرض منتفی می‌دانند (اصلائی، ۱۳۸۶: ۸)، در این مورد نیز مشروط‌علیه به انجام فعل اجبار می‌شود.

نحوه اجبار به یک فعل، متناسب با نوع فعل و از سنخ آن است. چنانچه موضوع شرط، فعل مادی مثبت باشد، نحوه اجبار، الزام مشروط‌علیه است؛ اما چون اجبار جسمی و فیزیکی شخص به انجام یک فعل مادی، با کرامت و شخصیت آدمی در تعارض است، مقنن انجام فعل از سوی شخص دیگر به هزینه مشروط‌علیه را تجویز نموده است. فقط هنگامی که امکان انجام فعل از سوی شخص دیگر نیز مقدور نباشد، اجازه فسخ عقد صادر می‌شود؛ مانند وضعیتی که فعل مذکور به علت تخصص یا وضعیت خاص مشروط‌علیه، تنها از وی برمی‌آید.

هنگامی که موضوع شرط، ترک فعل مادی باشد نیز اوضاع تقریباً مشابه است.

مشروط‌علیه به توقف عمل انجام‌شده، که مقتضی نقض شرط است، اجبار می‌شود و در صورت انجام آن فعل، حتی‌المقدور وضعیت ایجادشده به حالت اول باز می‌گردد؛ مگر اینکه مانعی، همچون تعلق حقوق اشخاص ثالث یا ایجاد ضرری نامتناسب وجود داشته باشد که در این صورت، وضعیت شرط، ملحق به عدم امکان اجبار است.

هنگامی که موضوع شرط، انجام یک فعل حقوقی است نیز ابتدا مشروط‌علیه به انعقاد آن اجبار می‌شود و اگر اجبار ممکن نبود، شخص دیگری به جای او و به هزینه او، عمل مذکور را انجام می‌دهد. عمل مذکور نیز یک عمل اعتباری (حقوقی) است؛ یعنی انعقاد یک عقد یا یک ایقاع است و به سادگی توسط شخص دیگر انجام می‌شود. قید به سادگی، به این خاطر به کار می‌رود که انعقاد یک عمل حقوقی، فعلی است که از هر شخصی برمی‌آید؛ لذا بر خلاف شرط مادی مثبت یا منفی، اصولاً عدم امکان انجام فعل از سوی شخص دیگر به نیابت از مشروط‌علیه، بلاموضوع است. شخص دیگر در این فرض، حاکم است که بنا بر قاعده «الحاکم ولی الممتنع» (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۲۰۱/۳)، فعل را به نیابت از مشروط‌علیه منعقد می‌نماید. پس اصولاً در اجبار شخص به ایفای تعهدی که موضوع آن، انعقاد یک عمل حقوقی است، دشواری‌های اجبار مادی وجود ندارد؛ مگر اینکه موضوع شرط به نحوی از انحاء از میان رفته یا از ابتدا وجود نداشته یا به نحوی دیگر ممتنع شده باشد؛ مانند حالتی که در مواد ۲۴۲ و ۲۴۳ قانون مدنی فرض شده است.

اجبار مشروط‌علیه در شرط ترک فعل حقوقی، از اجبار در شرط فعل حقوقی مثبت نیز ساده‌تر است؛ چرا که اولاً، امکان عدم اجبار در این نوع شرط وجود ندارد؛ زیرا در هر حال می‌توان عقد را در عالم اعتباری اثر شناخت. ثانیاً، این اجبار نیازمند انجام هیچ فعلی از سوی هیچ شخصی نیست. در این فرض، اجبار در عالم اعتبار رخ می‌دهد. با غیر نافذ شناختن عمل حقوقی متضمن نقض عهد، اجبار مشروط‌علیه خودبه‌خود انجام شده است. در شرط فعل حقوقی مثبت، اجبار، انعقاد یک عمل حقوقی در عالم اعتبار است و در شرط ترک فعل حقوقی، اجبار، ممانعت از ایجاد و انشاء یک وضعیت حقوقی در عالم اعتبار می‌باشد. به عبارت ساده‌تر، اجبار مشروط‌علیه در شرط فعل حقوقی، اعم از مثبت یا منفی، یک اجبار اعتباری است؛ چرا که نحوه اجبار باید

از سنخ فعل مشروط باشد. هنگامی که فعل مشروط مادی است، اجبار آن نیز مادی است و هنگامی که فعل مشروط اعتباری باشد، اجبار نیز اعتباری است. اجبار اعتباری نیز یعنی انعقاد یا ممانعت از انعقاد یک عمل حقوقی در عالم اعتبار. ظاهراً نظریه شیخ انصاری را نیز فقط از این طریق می‌توان توجیه کرد. از نظر ایشان، وفای به شرط ترک فعل حقوقی واجب است و مقتضای این وجوب، اجبار مشروط‌علیه و عدم سلطنت و اختیار وی در انعقاد فعل منهی عنه می‌باشد (انصاری، ۱۴۱۵: ۵۶/۵). ظاهر نظریه مذکور دارای تضاد است؛ چرا که با عدم سلطنت و توان شخص بر انجام فعل، اجبار وی سالبه به انتفاء موضوع می‌باشد. اما این نظر را می‌توان با نظریه اجبار اعتباری توجیه کرد؛ بدین معنا که اجبار از طریق سلب سلطنت رخ می‌دهد. در بخش نقد نظریه صحت در این مقاله (بخش ۱۴)، این بحث را مفصل‌تر دنبال خواهیم کرد.

بنابراین، شرط ترک فعل حقوقی از لحاظ امکان اجبار، وضعیت بهتری از سه نوع شرط دیگر، یعنی اجبار به فعل یا ترک فعل مادی و اجبار به فعل حقوقی مثبت دارد؛ چرا که بر خلاف سه حالت فوق، تصور عدم امکان اجبار در آن نمی‌رود؛ یعنی هیچ حالتی را نمی‌توان تصور کرد که در آن، ممانعت از اثربخشی به عمل حقوقی منهی عنه ناممکن باشد. به عبارت دیگر، تخلف از شرط فعل حقوقی منفی هرگز واقع نمی‌شود (محقق داماد، ۱۳۹۳: ۲۵۶) و لذا خیار تخلف شرط برای مشروط‌له مجال طرح نخواهد یافت؛ زیرا حق خیار، ناشی از تخلف از شرط است و حسب فرض، امکان انجام عمل حقوقی منهی عنه و تخلف از شرط وجود ندارد (همو، ۱۴۰۶: ۴۷/۲).

باید دانست که اجبار مشروط‌علیه به ترک فعل حقوقی، یعنی ممانعت از انعقاد فعل مشروط، خودبه‌خود و همزمان با انعقاد فعل صورت می‌گیرد. همزمان بودن اجبار با فعل به این معناست که اجبار به محض انعقاد عمل حقوقی منهی عنه صورت می‌گیرد و از همان ابتدا از تأثیر آن جلوگیری می‌نماید. خودبه‌خود بودن الزام و اجبار نیز به این معناست که برای اجبار و الزام شخص، نیاز به انجام هیچ فعل مادی یا حقوقی از سوی حاکم یا مشروط‌له وجود ندارد. بنابراین با اجبار اعتباری مشروط‌علیه به ترک فعل، که همزمان با انجام عمل حقوقی منهی عنه و بدون نیاز به هیچ عمل حقوقی خاصی صورت می‌گیرد، موضوع نقض شرط، یعنی عمل حقوقی نهی شده، به صورت غیر نافذ

ایجاد می‌شود و سرنوشت آن در دست مشروطه قرار می‌گیرد.

برخی معتقدند که با انشاء عمل حقوقی منهی عنه توسط مشروط‌علیه، نقض شرط رخ داده و دیگر بحث اجبار وی منتفی است. از نظر ایشان، انشاء عمل حقوقی مذکور معادل از میان رفتن محل اجرای شرط است. به عبارت دیگر، موضوع تعهد مشروط‌علیه، منعقد نکردن یک عمل حقوقی بوده و پس از تخلف از شرط و انعقاد آن، دیگر موضوعی باقی نمانده که بتواند متعلق اجبار قرار گیرد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۲/۲). به عبارت برخی دیگر، با انجام عمل حقوقی منهی عنه، موضوع آن در حکم تلف قرار گرفته است (سلطان‌احمدی و دیگران، ۱۳۹۸: ۸۰). این استدلال پذیرفتنی نیست؛ چرا که تخلف مذکور یک عمل مادی نیست که به محض رخ دادن آن، دیگر کار از کار گذشته باشد و توان چاره‌ای برای آن اندیشید. تخلف انجام شده یک عمل اعتباری است و به سادگی می‌توان راه آن را بست. هنگامی که آثار مورد نظر شخص متخلف را بر عمل خلاف وی بار نکنیم، در واقع مانند این است که وی هرگز تخلف مذکور را مرتکب نشده است. لذا در جایی که ابزار لازم برای جلوگیری از تخلف و ممانعت از اثربخشی به آن وجود دارد، نوبت به طرق جبرانی، مانند قائل شدن به حق فسخ برای مشروطه نمی‌رسد.

۳. طرح مبانی دیگر

در تقویت نظریه عدم نفوذ، مبانی دیگری نیز می‌توان مطرح کرد که در ادامه به بررسی برخی از آنها می‌پردازیم.

۳-۱. منع تجویز پیمان شکنی

دومین مبانی که می‌توان برای غیر نافذ شناختن عمل حقوقی منهی عنه قائل شد، منع تجویز پیمان شکنی است. شرط، بخشی از قرارداد است و عموماً «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» شامل آن نیز هست (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۵۳/۳). عقد پیمانی است میان طرفین که نقض آن، هم به لحاظ حقوقی نهی شده است و هم به لحاظ اخلاقی، عملی نکوهیده است. هر عقدی یک کل یکپارچه است که طرفین با در نظر گرفتن آن در تمامیت

خود، یعنی همراه با شروط و قیود مختلف، به آن رضایت داده‌اند. الزامی که از پیمان برمی‌خیزد نیز پیش از پشتیبانی توسط قانون، مستظهر به اراده و توافق طرفین است. چنانچه پس از انعقاد، هر دو طرف از آن پشیمان شوند، راه اقاله و تفاسخ عقد گشوده است؛ اما چنانچه یکی از طرفین، منفعت خود را در گسستن تمام یا بخشی از عقد ببیند، با ضمانت اجرای قانونی روبه‌رو می‌شود. نیروی الزام‌آور قرارداد، طرف دیگر را قادر می‌سازد تا به قوای قهریه قانونی توسل جوید و عهدشکن را به اجرای عقد و وفای به آن وا دارد. مشروط‌علیهی که به عدم انعقاد یک عمل حقوقی متعهد شده است نیز از این قاعده مستثنا نیست. باید در برابر سودای عهدشکنی او ایستاد و اثر حقوقی را که جوهره و مقصود اصلی از عمل حقوقی است، از قصد وی ستاند.

اگر غیر از این باشد و عمل حقوقی نهی شده به موجب شرط، معتبر دانسته شود، تمام این قواعد دیرین و عقلانی در هم می‌ریزند. انعقاد عمل حقوقی‌ای که به موجب شرط ضمن عقد دیگری، مورد نهی قرار گرفته، عین پیمان‌شکنی و نقض عهد است و بار کردن آثار حقوقی بر آن، دقیقاً به معنای تجویز پیمان‌شکنی و تشویق پیمان‌شکن می‌باشد. قبول این نظر، فتح بابی است برای پیمان‌شکنان که هر زمان از انعقاد عقد پشیمان شوند و خود، حق فسخ آن را نداشته باشند، از طریق نقض شرط ضمن عقد، مشروط‌له را به فسخ عقد وا دارند.

همان طور که برخی از حقوق‌دانان به درستی تصریح کرده‌اند، صحیح دانستن عمل حقوقی منهی‌عنه، به معنای فسخ عملی بخشی از قرارداد است. نفوذ عمل حقوقی منهی‌عنه با لزوم اجرای قرارداد مشروط منافات دارد و به معنای فسخ بخشی از آن است؛ حال آنکه فسخ نیازمند تصریح قانونی یا قراردادی است (نعمت‌اللهی، ۱۳۸۸: ۲۲). به عبارت دیگر، هنگامی که نظریه صحت عمل حقوقی منهی‌عنه را بپذیریم و ضمانت اجرای آن را تنها ایجاد حق فسخ برای مشروط‌له به شمار آوریم، به مشروط‌علیه اجازه داده‌ایم که بخشی از قرارداد را اجرا نکند و راهی نیز برای اجبار وی وجود نداشته باشد و این معنایی جز فسخ آن بخش از قرارداد ندارد. قائل شدن به حق فسخ برای مشروط‌له به ندرت می‌تواند مصالح وی را برآورد و حتی ممکن است این فسخ برعکس عمل کند و منافع مشروط‌علیه را بیشتر برآورده سازد. برای مثال در عقدی که ترک یک فعل

حقوقی بر مشروط‌علیه شرط شده است، چنانچه وی از قرارداد پشیمان شود، از آنجا که بنا بر فرض، حق فسخ قرارداد را ندارد، می‌تواند شرط را نقض نماید و بدین صورت مشروط‌له را در وضعیتی قرار دهد که چاره‌ای جز فسخ قرارداد نداشته باشد. خلاصه اینکه جواز تصرفات منافی با شرط ترک فعل حقوقی، چنان عواقب نامعمولی در بر دارد که چاره‌ای جز صرف نظر کردن از آن نیست. منظور از تصرف منافی نیز این است که تصرف در متعلق حق، مانع بهره‌برداری صاحب حق از حق خودش شود (سعادت مصطفوی، ۱۳۸۳: ۱۷۶).

۲-۳. تقدم ممانعت از نقض عهد بر طرق جبرانی

ممانعت کردن از نقض عهد، بر جبران خسارت ناشی از آن تقدم دارد. این قاعده، صرف نظر از اینکه عقلایی است، با قواعد عمومی نیز سازگاری دارد. از جمله مهم‌ترین این قواعد، مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی است که هنگام مواجهه با امتناع مشروط‌علیه از ایفای تعهد، نخستین گام را اجبار وی دانسته است. اجبار شخص به ایفای شرط، همان ممانعت از نقض عهد است. تنها هنگامی که چنین اجباری ناممکن شود، مقنن ناگزیر به طرق جبرانی متوسل می‌شود و راه فسخ را برای مشروط‌له می‌گشاید. این قاعده نه تنها در مورد شروط، که در خصوص عوضین اصلی قرارداد نیز اجرا می‌شود. هنگامی که یکی از طرفین از ادای تعهد اصلی خود سر باز زند، اجبار می‌شود و فقط هنگامی که اجبار وی ممکن نباشد، طرف دیگر نیز از تعهد خود بری می‌گردد. بنابراین تا هنگامی که می‌توان با غیر نافذ شناختن عمل حقوقی منهی عنه، از نقض عهد ممانعت کرد، دلیلی برای ایجاد راه جبران (قائل شدن به حق فسخ برای مشروط‌له) وجود ندارد.

۳-۳. نظریه عمومی عدم نفوذ مراعی

به موجب یک قاعده عام، هر گاه قراردادی به زیان شخص ثالث باشد و حق یا مالکیت بالقوه دیگری را نقض کند، در وضعیت عدم نفوذ مراعی قرار می‌گیرد. در این صورت، شخص ثالث می‌تواند از حق خود بگذرد و عقد مزبور را اجازه کند. همچنین اگر به هر طریقی حق وی تأمین شود، عقد معارض قبلی، خودبه‌خود نافذ می‌شود و

نیاز به تنفیذ ثالث ندارد؛ همان طور که رد او نیز تا زمانی که در مقام اجرای حق خود برنیامده است، اثری ندارد. معامله‌ی رهن نسبت به عین مرهونه، معامله‌ی ورثه نسبت به ترکه قبل از ادای دیون، معامله‌ی مفلس، معامله‌ی معارض با حق شفعه‌ی شفیع و معامله‌ی معارض با قولنامه از مهم‌ترین و رایج‌ترین مصادیق عدم نفوذ مراعی است (کریمی، ۱۳۹۱: ۱۷۹-۱۸۰). انعقاد عمل حقوقی منهی عنه، که متضمن نقض شرط فعل حقوقی منفی است نیز یک مصداق از این نظریه‌ی عمومی می‌باشد؛ چرا که در آن نیز حق ثالثی (مشروطه) به عقد تعلق گرفته و مانع تصرفات منافی می‌شود.

همان طور که پیشتر به اختصار گذشت، عقد غیر نافذ مراعی در مقابل عقد غیر نافذ موقوف قرار می‌گیرد. اشاره به تفاوت میان این دو، در کلام بسیاری از فقها دیده می‌شود. از جمله، فقحانی به تفاوت نقش اجازه در این دو نوع عقد اشاره کرده است (فقحانی، بی‌تا: ۳۰۴). بسیاری از فقها نیز در بخش رهن متعرض آن شده‌اند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۳۶۰/۱۵؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۹۹/۲۵؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۳۹/۲). محقق ثانی اخذ به شفعه در بیع خیار را مراعی به اعمال یا عدم اعمال خیار دانسته و اعلام می‌دارد که با عدم فسخ، کشف می‌شود که شفعه از ابتدا صحیح بوده است و با فسخ بیع، بطلان شفعه کشف می‌شود (کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۳۹۶/۱۱). در مورد زمان انتقال مالکیت در بیع خیار نیز اگرچه نظر مشهور فقهای امامیه، انتقال از زمان عقد است، اما برخی فقها احتمال مراعی بودن انتقال ملکیت را نیز به عنوان یکی از نظرات طرح کرده و اعمال یا عدم اعمال خیار را کاشف از انتقال یا عدم انتقال مالکیت از زمان عقد محسوب کرده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۵۵/۱۱؛ طبرسی، ۱۴۱۰: ۴۵۱/۱؛ عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۳۶۲/۳). در باب وصیت نیز در خصوص اینکه زمان انتقال مالکیت به موصی له، لحظه فوت موصی است یا لحظه قبول موصی له، به نظریه کشف اشاره شده است؛ به این معنا که موصی به با فوت موصی، به نحو مراعی به موصی له منتقل می‌شود و رد او کاشف از بطلان انتقال از زمان فوت موصی است (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۸/۴؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۴۸۲/۲).

به موجب نظریه عمومی عدم نفوذ مراعی، باید عمل حقوقی نهی شده به موجب شرط ضمن عقد را نیز غیر نافذ مراعی محسوب کرد؛ چرا که عمل حقوقی مذکور، حق شخص ثالث یعنی مشروطه را نادیده گرفته است. فرض بر این است که عمل

حقوقی منهی عنه به لحاظ ارکان درونی کامل است و لذا غیر نافذ موقوف محسوب نمی‌شود. آنچه عمل حقوقی مذکور را با مانع روبه‌رو کرده، تعلق حقوق شخص ثالث است.

با این حال، برخی حقوق دانان بر آن‌اند که حق مشروطه بر موضوع عمل حقوقی تعلق نگرفته و لذا نمی‌توان ضمانت اجرای نقض شرط فعل منفی حقوقی را عدم نفوذ دانست. به اعتقاد ایشان، حتی اگر وجود شرط باعث ایجاد حقی برای مشروطه بر مشروط‌علیه باشد، چنین حقی متعلق به عقد است نه به عین مورد شرط؛ بنابراین فروش آن مال، فروش متعلق حق غیر نیست و با فروش مواردی چون عین مرهونه متفاوت است (نعمت‌اللهی، ۱۳۸۸: ۱۵). این نظریه با سه انتقاد مواجه است: اولاً، مفهوم تعلق حق بر عقد روشن نیست؛ چرا که حق همواره متعلق به یک شخص است و عقد را نمی‌توان شخص به حساب آورد. ثانیاً، تعریفی که از نظریه عمومی عدم نفوذ مراعی ارائه شده، اظهار می‌دارد که هر گاه عقدی، حق یا مالکیت بالقوه دیگری را نادیده بگیرد، غیر نافذ مراعی است. در این تعریف، اشاره‌ای به لزوم تعلق حق ثالث بر عین مال نشده است. ثالثاً، برخی از مصادیق قطعی عدم نفوذ را نمی‌توان تعلق حق ثالث به موضوع عقد دانست؛ از جمله ماده ۶۶ قانون مدنی که وقف به ضرر دیان را غیر نافذ اعلام کرده است. همچنین تعلق حق طلبکاران نیز به عین ترکه نیست؛ چرا که در این صورت، وراثت نمی‌توانستند با پرداخت دیون طلبکاران، اعیان ترکه را منتقل نمایند؛ در حالی که ماده ۸۷۱ قانون مدنی این اجازه را به وراثت داده است. ضمن اینکه ماده ۸۶۸ قانون مدنی نیز ترکه را هرچند به نحو متزلزل، در مالکیت ورثه قرار داده است که به معنای نفی مالکیت طلبکاران است. ماده ۲۲۸ قانون امور حسبی نیز به وراثت اجازه داده که دیون متوفی را از اموال خود بپردازند و ماده ۲۲۹ این قانون، علاوه بر تنفیذ طلبکاران، ادای دیون متوفی را نیز باعث تنفیذ معاملات وراثت نسبت به ترکه دانسته است. تمام این مواد قانونی حاکی از آن است که طلبکاران متوفی، حقی بر اعیان ترکه ندارند. بنابراین ایراد مطرح شده وارد به نظر نمی‌رسد. تعلق حق شخص ثالث بر عین موضوع معامله، یکی از مصادیق عدم نفوذ معامله است؛ اما مصادیق دیگری از عقد غیر نافذ وجود دارند که در آن‌ها حق ثالث بر عین تعلق نگرفته است.

۳-۴. ناسازگاری با قصد طرفین

شرط، یک تعهد تبعی است. جزئی از ساختمان عقد اصلی می‌باشد که قصد طرفین به تمام آن تعلق گرفته است. قصد طرفین نیز اجرای قرارداد است با تمام توابع آن. آنچه طرفین در هنگام انعقاد عقود لازم در نظر دارند، پایبندی به مفاد عقد، و امکان اجبار طرف دیگر در صورت امتناع اوست. این موضوع، مفاد اصل لازم‌الاتباع بودن عقد نیز می‌باشد. اگر متعاقدین بخواهند، خود می‌توانند شرایطی را در عقد بگنجانند که امکان فسخ آن را برای یکی یا هر دوی آن‌ها فراهم نماید. اختیارات قانونی نیز در مواردی محدود و معین، غالباً جهت جلوگیری از زیان یکی از طرفین وجود دارد. در جایی که امکان اجبار یکی از طرفین به اجرای مفاد عقد وجود دارد، قائل شدن به فسخ، انحراف از قاعده تبعیت عقد از قصد است. به عبارت ساده‌تر، اگر قصد طرفین این بود که در صورت تخطی مشروط‌علیه از مفاد شرط، برای مشروط‌له امکان فسخ عقد فراهم آید، این موضوع را در عقد لحاظ می‌کردند. بنابراین هنگامی که در قرارداد به ایجاد حق فسخ در صورت تخلف مشروط‌علیه اشاره نشده است، بدین معناست که ایشان قصد نداشته‌اند راه نقض شرط را باز بگذارند.

ایجاد حق فسخ، راه حلی ثانویه و استثنایی و منحصر به موردی است که امکان اجبار مشروط‌علیه وجود نداشته باشد؛ لذا نمی‌توان این راه استثنایی را به قصد طرفین الحاق کرد. ضمن اینکه موارد استثنایی باید حتی‌الامکان مضیق تفسیر شوند و دایره اجرای آن‌ها محدود گردد.

۴. رد نظریه صحت و بطلان عمل حقوقی منهی عنه

در مورد وضعیت حقوقی عمل حقوقی منهی عنه، دو نظریه دیگر نیز وجود دارد. برخی بر آن‌اند که عمل حقوقی منهی شده صحیح است و تنها ضمانت اجرای نقض آن، ایجاد حق فسخ برای مشروط‌له نسبت به عقد مشروط است. برخی دیگر نیز عمل حقوقی منهی عنه را باطل به حساب آورده‌اند. در ادامه، به نقد و بررسی این دو نظریه می‌پردازیم. اما پیش از ورود به بحث، ذکر این نکته لازم است که برخی حقوق‌دانان به پیروی از معدودی از فقها، ضمانت اجرای دیگری در این موضوع پیشنهاد داده‌اند. از

نظر ایشان، چنانچه شرط فعل مذکور مالیت داشته باشد، مشروطه می تواند بهای آن را از مشروط علیه مطالبه نماید (محقق داماد، ۱۳۸۴: ۹۰).

۱-۴. نقد نظریه صحت

نظریه صحت عمل حقوقی منهی عنه بر آن است که عقد یا ایقاع نهی شده به وسیله شرط ضمن عقد، در صورت انعقاد صحیح است و تنها اثر این نقض عهد، ایجاد حق فسخ عقد اصلی برای مشروطه و درخواست جبران خسارت می باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۸۹). قبول نظریه صحت، محتاج دلیل نیست؛ چرا که صحت یک قرارداد مطابق اصل (اصل صحت) است. لذا باید دلایلی در رد نظریه صحت عمل حقوقی منهی عنه ارائه داد. تمام ادله ای که شرح آن‌ها پیشتر در تقویت نظریه عدم نفوذ گذشت، می توانند به عنوان ادله ای برای تضعیف نظریه صحت به حساب آیند. در ادامه به نحو خلاصه به چند نکته دیگر اشاره می کنیم.

قاعده عمومی و اولیه در مورد ضمانت اجرای شروط ضمن عقد، اجبار مشروط علیه است؛ یعنی با نقض شرط از سوی مشروط علیه، اولین گام این است که وی را به اجرای شرط الزام نماییم. صرف نظر نمودن از الزام مشروط علیه و اعطای حق فسخ به مشروطه، یک قاعده ثانویه است و تنها هنگامی به کار می رود که امکان الزام و اجبار مشروط علیه وجود نداشته باشد. با قبول نظریه صحت، از قاعده عمومی و اولیه شروط، یعنی اجبار مشروط علیه تخطی می کنیم، بدون اینکه تصریح قانونی یا دلیل موجهی، این تخطی از قواعد را توجیه نماید. عدول از قاعده عمومی به معنای ایجاد استثناست که موجب درهم ریختگی نظام حقوقی می گردد و حتی الامکان باید از قبول استثنائات خودداری کرد و کوشید موارد مشکوک را مطابق قاعده تفسیر نمود و مصادیق مشتبه را در چارچوب قواعد جای داد. هنگامی که می توان با عدم نفوذ عمل حقوقی منهی عنه و بار نکردن آثار حقوقی بر آن در عالم اعتبار، قاعده عمومی اجبار در شروط را پاس داشت، چرا باید از آن دست کشید و به استثنایی غیر ضروری تن داد؟ ایجاد چنین استثنایی، گذشته از عدم ضرورت، دارای پیامدها و عواقبی است که با عقلانیت حقوقی سازگاری ندارد و در مباحث پیشین به آن‌ها اشاره شد.

ایجاد خیار فسخ در مقررات مرتبط با شروط، تنها هنگامی است که اجبار مشروط‌علیه ممکن نباشد و شخص دیگری نیز نتواند عمل مذکور را از سوی او انجام دهد. لذا خیار مذکور مصداق بارز خیار تعذر شرط است که در ماده ۲۴۰ قانون مدنی به آن تصریح شده است.^۱ البته غالباً از این خیار با عنوان خیار تعذر تسلیم نام برده‌اند؛ اما با توجه به اینکه تسلیم اصولاً در مورد عوضین اصلی به کار می‌رود، به نظر می‌رسد به کار بردن تعذر شرط به عنوان تعهدی تبعی، صحیح‌تر باشد. همان‌طور که پیشتر به تفصیل توضیح دادیم هنگامی که موضوع شرط، ترک یک فعل حقوقی باشد، تصور تعذر شرط منتفی است؛ چرا که تأثیر اعمال حقوقی، بسته به خواست و اراده انسان است. برای درک بهتر این موضوع می‌توان آن را با شرط ترک فعل مادی، مانند خراب نکردن یک دیوار مقایسه کرد. در فرض اخیر، به محض خراب کردن دیوار، نقض عهد محقق شده و دیگر امکان اجبار شخص به انجام ندادن آن وجود ندارد. اما فعل اعتباری، اثری در عالم مادی ندارد و تأثیر یا عدم تأثیر آن منوط به قبول یا عدم قبول اثر آن از سوی مقنن است. لذا اگر مقنن بر یک عمل حقوقی اثری بار نکند، مانند آن است که عمل مذکور اصلاً رخ نداده است. بنابراین سخن گفتن از تعذر در امور اعتباری و حقوقی، و به تبع آن ایجاد خیار تعذر شرط برای این گونه اعمال، کاملاً منتفی است.

مطابق نظر شیخ انصاری، شرط ترک فعل حقوقی (مانند شرط عدم فسخ در بیع) باعث می‌شود که مشروط‌علیه قدرت و امکان انجام فعل منهی‌عنه را از دست بدهد. از نظر ایشان، وجوب وفای به شرط به معنای وجوب اجبار مشروط‌علیه و عدم توانایی وی در نقض شرط است^۲ (انصاری، ۱۴۱۵: ۵/۵۶)؛ یعنی چنانچه بر یکی از متعاملین شرط شود که نباید عقد را فسخ کند، فسخ بعدی وی مؤثر نخواهد بود؛ چرا که با اندراج شرط، قدرت و امکان فسخ از میان رفته است. اما برخی فقها با انتقاد از این نظر، اظهار داشته‌اند که اجبار شخص به عدم انجام یک فعل، مستلزم امکان انجام آن است و با

۱. گاه حتی همین ضمانت اجرا، یعنی امکان فسخ معامله از سوی مشروط‌له نیز وجود ندارد. مصداق بارز چنین فرضی، همان مثالی است که شیخ انصاری در مورد شرط عدم فسخ بیان نموده است. در این مورد، چنانچه مشروط‌علیه تخلف نماید و عقد را فسخ کند، دیگر عقدی باقی نمی‌ماند که مشروط‌له آن را فسخ نماید (عراقی، ۱۴۲۱: ۳۲۹).

۲. «لأن وجوب الوفاء بالشرط، مستلزم لوجوب إجباره علیه وعدم سلطنته علی ترکه».

عدم امکان انجام یک فعل، اجبار به آن معقول نیست^۱ (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۱۷۹/۴). مفهوم انتقاد مذکور آن است که نظر شیخ انصاری متعارض می‌باشد؛ چرا که ایشان از یکسو معتقد است که باید مشروط‌علیه اجبار گردد و از سوی دیگر بر آن است که مشروط‌علیه اصولاً امکان تخلف از این شرط را ندارد. بنابراین اگر شخص فاقد توان نقض شرط است، اجبار وی بی‌معناست. به نظر می‌رسد با اعتقاد به اجبار اعتباری، می‌توان این انتقاد را پاسخ گفت. در نظر شیخ انصاری، اجبار مشروط‌علیه، همان سلب توان نقض شرط است و اجبار و عدم سلطنت، عین یکدیگرند. به عبارت دیگر، اجبار مشروط‌علیه، از طریق سلب سلطنت و اختیار او برای نقض شرط حاصل می‌شود.

نقد دیگری که بر نظر شیخ انصاری وارد شده، این است که مقتضای دلیل شرط در این موارد، سلب سلطنت تکلیفی است، نه وضعی؛ لذا شرط عدم فسخ موجب عدم تأثیر فسخ نمی‌شود (حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۱۷/۶۳-۶۴). به این نقد پاسخ داده‌اند که چنین شرطی، با اسقاط صاحب حق ساقط می‌شود و این، دلیل بر وضعی بودن حکم الزام است؛ چرا که حکم تکلیفی با اسقاط ساقط نمی‌شود (موسوی خویی، بی‌تا: ۳۶۷/۷-۳۶۸).

۲-۴. نقد نظریه بطلان

در نظام حقوقی ما، بطلان عقد یا ناشی از ایراد اساسی در ارکان عقد است مانند عدم قصد یا عدم مشروعیت جهت معامله، یا ناشی از حکم صریح قانون است مانند نقل و انتقال بلاعوض اموال تاجر متوقف مطابق ماده ۴۲۳ قانون تجارت. در مانحن‌فیه، فرض بر این است که عمل حقوقی منهی‌عنه، به نحو صحیح انشاء شده و از نظر ارکان درونی ایرادی ندارد و مخالف قوانین و مقررات آمره هم نمی‌باشد. علی‌رغم این دو فرض، برخی فقها^۲ به بطلان این عمل حقوقی فتوا داده‌اند. شیخ انصاری بطلان چنین عملی را ناشی از عدم قدرت و سلطه مشروط‌علیه دانسته است (انصاری، ۱۴۱۵: ۵۶/۵)؛

۱. «لأنَّ لازم وجوب الإجبار علی ترك الفسخ إمکانه، وهو منافٍ لعدم السلطنة، ومع عدمها لا یعقل وجوب الإجبار».

۲. نظریه بطلان به نحو تلویحی مورد قبول برخی استادان حقوق نیز قرار گرفته است (ر.ک: محقق داماد، ۱۳۷۲: ۵۱).

نظری که مورد تأیید برخی دیگر از فقها نیز قرار گرفته است (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۲/۲۶).^۱ ظاهراً در زبان حقوقی، نظر ایشان را باید به فقدان اهلیت ترجمه کرد که منشأ قراردادی دارد؛ یعنی به موجب یک قرارداد، شخصی اختیار انجام یک عمل حقوقی را از خود سلب نموده و نتیجه چنین سلب اختیاری آن است که وی اهلیت تمتع خود را برای آن عمل حقوقی خاص از دست می‌دهد. منظور از حق کلی مدنی در مواد ۹۵۶ تا ۹۵۹ قانون مدنی، همین اهلیت تمتع است (شهیدی، ۱۳۶۹: ۱۳۳). بدین ترتیب اسقاط حق به معنای ایجاد وضعیت عدم اهلیت است.^۲ با این تفسیر، مطابق نظر شیخ انصاری، مشروط‌علیه به موجب شرط ترک فعل حقوقی، از خود سلب اهلیت نموده و لذا اقدام بعدی وی هیچ اثری نخواهد داشت. این نظر را در خصوص سلب حق به موجب شرط نتیجه می‌توان پذیرفت؛ اما در شرط فعل، مشروط‌علیه تعهد به یک ترک فعل می‌نماید، نه اینکه حق آن را از خود سلب کند. لذا قبول نظریه بطلان موجه نمی‌نماید و با قواعد کلی و عمومی سازگاری ندارد.

دلیل دیگری که در رد نظریه بطلان می‌توان آورد این است که چنانچه برای یک عمل حقوقی، ضمانت اجراهای متعددی وجود داشته باشد که از شدت و ضعف برخوردارند، در مقام تردید باید ضمانت اجرایی خفیف‌تر را برگزید که کمترین آسیب را وارد نماید. این راه حل با اصل استحکام معاملات و امنیت روابط حقوقی نیز سازگارتر است (میرزائزاد جویباری، ۱۳۹۰: ۲۹۲). بدیهی است که عدم نفوذ از بطلان

۱. برخی فقها با این استدلال شیخ انصاری مخالفت کرده‌اند. شیخ انصاری در خصوص عدم سلطه مشروط‌علیه بر فسخ، به قاعده وجوب وفای به شرط تمسک کرده است. این استناد از جمله با این ایراد روبه‌رو شده است که وجوب وفای به شرط، یک وجوب تکلیفی است که مقتضی فساد عمل، یعنی فسخ نیست (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۴/۱۱۰). بعضی دیگر از فقها، استناد به این قاعده را مستلزم دور دانسته‌اند؛ بدین ترتیب که برای اجرای این قاعده باید احراز شود که فسخ تأثیری نداشته است و احراز عدم فسخ، متوقف بر اجرای قاعده مذکور است (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۱۶۳).

۲. برخی از استادان، محدودیت‌های ناشی از قرارداد را حجر به حساب نیاورده‌اند. به اعتقاد ایشان، اهلیت و حجر در اختیار قانون‌گذار است و تنها قانون است که استعداد اشخاص در تملک و اجرای حق را معین می‌کند و ایجاد محدودیت‌های قراردادی، نوعی تغییر در نظام مالکیت است و ارتباطی به شخصیت و لیاقت افراد ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۲/۱۴). مفهوم تغییر در نظام مالکیت روشن نیست و باید معلوم شود که سلب حق به موجب قرارداد، چه وصف حقوقی‌ای دارد.

خفیف‌تر است. تا هنگامی که امکان تنفیذ عقد وجود دارد، متوسل شدن به ضمانت اجرای شدیدتر معقول نیست.

۵. پاسخ به چند ایراد

همان‌طور که گذشت، مدعای ما این است که ضمانت اجرای انعقاد عمل حقوقی منهی‌عنه، عدم نفوذ آن به نحو مراعی است. در ادامه به بررسی انتقاداتی می‌پردازیم که ممکن است نسبت به این نظر ابراز شوند.

۱-۵. وضعیت شخص ثالث با حسن نیت

چنانچه در عقدی بر مشروط‌علیه شرط شود که عمل حقوقی خاصی را منعقد نماید، اگر موضوع شرط یک عمل حقوقی دوجانبه، یعنی یک عقد باشد، باید به منافع شخصی که طرف قرارداد مشروط‌علیه است نیز توجه شود. برای مثال، شخص الف در معامله‌ای با شخص ب، بر او شرط می‌کند که تا دو سال خانه خود را نفروشد، اما شخص ب متعاقباً خانه مذکور را به شخص ج منتقل می‌نماید. اکنون شخص ج، که نسبت به قرارداد میان اشخاص الف و ب، ثالث محسوب می‌شود و بنا بر فرض دارای حسن نیت است، از عدم نفوذ قرارداد خود با شخص ب زیان می‌بیند. در مقابل اگر عمل حقوقی منهی‌عنه تجویز شود نیز منافع مشروط‌له برآورده نمی‌شود. لذا باید منافع یکی از آن دو را ترجیح داد و برای این ترجیح نیز وجه رجحانی معقول ارائه کرد. به نظر می‌رسد تنها وجه رجحانی که میان این دو شخص وجود دارد، تقدم زمانی تعلق حق مشروط‌له بر عقد است و بر همین اساس می‌توان عدم نفوذ عقد را توجیه کرد. ممکن است گفته شود که مشروط‌له می‌تواند با خیار که ناشی از تخلف شرط است، عقد اصلی را فسخ نموده و از زیان خود جلوگیری نماید، در حالی که شخص ثالث چنین امکانی را در اختیار ندارد. این ایراد وارد به نظر نمی‌رسد. صرف‌نظر از اینکه فسخ قرارداد اصلی غالباً منافع مشروط‌له را تأمین نمی‌نماید، شخص ثالث نیز بعد از رد عقد توسط مشروط‌له و بطلان آن، می‌تواند عوض پرداخت‌شده را به اضافه خسارات وارده از مشروط‌علیه مطالبه نماید. به عبارت دیگر، هم ثالث و هم مشروط‌علیه هر دو امکان حقوقی دفاع از منافع

خود را دارند و از این حیث هیچ کدام با مانعی روبه‌رو نمی‌باشند.

۲-۵. عدم تفاوت شرط فعل و شرط نتیجه (اسقاط حق) در فرض عدم نفوذ

یکی از انتقادهایی که ممکن است به نظریه عدم نفوذ عمل حقوقی منهی عنه به موجب شرط فعل وارد شود این است که با این نظر، دیگر تفاوتی میان شرط فعل و شرط نتیجه باقی نمی‌ماند. چنانچه حق انجام یک فعل حقوقی به موجب یک شرط نتیجه ضمن عقد از مشروط‌علیه سلب شود، وی حق انعقاد آن عمل حقوقی را ندارد و در صورت انعقاد، عمل حقوقی مذکور غیر نافذ خواهد بود (شهیدی، ۱۳۸۷: ۱۳۴ و ۱۷۷). برخی حقوق‌دانان معاملات معارض با شرط نتیجه را غیر قابل استناد محسوب کرده‌اند (سکوتی نسیمی، ۱۳۹۶: ۲۲۶). در این پژوهش، قصد ورود به این موضوع (غیر نافذ یا غیر قابل استناد بودن معاملات با شرط نتیجه) را نداریم؛ چرا که به هر حال، همه متفق‌القول‌اند که با سلب حق انعقاد یک عمل حقوقی به موجب شرط نتیجه، معامله معارض با آن در برابر مشروط‌له اثری ندارد؛ خواه این عدم اثر ناشی از بطلان آن باشد و خواه ناشی از عدم نفوذ یا عدم قابلیت استناد. لذا مشابهت آن با شرط فعل در همین نکته است. چون طبق ادعای ما، ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل حقوقی منفی نیز عدم تأثیر آن نسبت به مشروط‌له می‌باشد.

به نظر نمی‌رسد که این شباهت، باعث تضعیف نظریه عدم نفوذ عمل حقوقی منهی عنه شود. صرف اینکه دو موضوع، اثری یکسان به بار آورند، بدین معنا نیست که هیچ تفاوت دیگری با هم ندارند. نهادهای بسیار دیگری هم در حقوق وجود دارند که آثار آن‌ها کم و بیش مشابه است. لذا ضمانت اجرای تخلف از مفاد شروط باید بر اساس مبانی آن‌ها تعیین شود، نه بر مبنای ضرورت تفاوت میان آن‌ها. به عبارت دیگر، هنگامی که تعیین آثار حقوقی ناشی از تخلف بر اساس ادله متقن باشد، صرف اینکه میان اثر نقض شروط مختلف، مشابهت وجود دارد، دلیلی برای دست برداشتن از نتیجه نیست. وانگهی، میان شرط فعل و نتیجه به لحاظ ماهیتی تفاوت هست و نحوه انشاء آن‌ها نیز متفاوت است و مشابهت مذکور تنها در آثار یک نوع خاص از آن‌هاست؛ در حالی که برای یکسان دانستن دو پدیده، آن دو باید از همه نظر به هم شباهت داشته باشند.

۳-۵. مفاد برخی مواد قانون مدنی

مفاد برخی از مواد قانون مدنی صریحاً یا ضمناً حکایت از بطلان عمل حقوقی منافی با شرط می‌نماید که با نظریه مختار ما، یعنی عدم نفوذ مراعی، در تعارض است. بنابراین می‌کوشیم تفسیری سازگار با نظریه عدم نفوذ مراعی از آن‌ها به دست دهیم.

ماده ۴۵۴ قانون مدنی حالتی را بیان می‌کند که در آن، عقد بیعی صورت گرفته و فروشنده در آن، صاحب‌خیار می‌باشد و در شرط ضمن عقد، خریدار را از تصرفات ناقله عین و منفعت نهی کرده، اما خریدار بر خلاف این شرط، مال را اجاره داده است. مطابق ماده ۴۵۴، اجاره در صورت اخیر باطل است. چند نکته در این ماده دارای اهمیت است که به تشریح آن‌ها می‌پردازیم: اولاً، مشخص نیست که عدم تصرفات ناقله به صورت شرط فعل مورد نظر است یا شرط نتیجه. ثانیاً، مشخص نیست که بطلان تصرفات ناقله در صورت اعمال‌خیار است یا حتی بدون آن نیز معاملات منافی باطل‌اند؛ هرچند با توجه به صدر ماده به نظر می‌رسد که مقنن به حالت نخست نظر دارد؛ چرا که تا قبل از فسخ، معامله منهی عنه منافاتی با حق فروشنده ندارد (همان: ۲۲۸). در این صورت، معاملات منافی به صرف انعقاد دارای ایراد نیستند، بلکه پس از اعمال فسخ از سوی مشروط‌له باطل می‌شوند؛ یعنی اگر مشروط‌له خیار خود را اعمال نکند، این معاملات معتبر خواهند بود. اگر این تفسیر را بپذیریم، آنگاه باید حکم بطلان ماده را به عدم قابلیت استناد یا انفساخ (همو، ۱۳۹۳: ۱۶۲؛ نخعی‌پور و دیگران، ۱۳۹۶: ۸۹) تعبیر نماییم و واژه بطلان را در معنای عام، یعنی هر نوع انحلال یا عدم اعتبار مطلق و نسبی بپذیریم. ثالثاً، بطلان را در این ماده می‌توان در معنای مجازی محسوب و بر عدم نفوذ حمل نمود. مجموع این استدلال‌ها باعث می‌شود که ماده مذکور در اثبات حکم بطلان برای نقض شرط فعل منفی حقوقی، استحکام کافی را نداشته باشد. به همین خاطر، نظری که ماده فوق را استثنایی بر قاعده عمومی تخلف از شروط، یعنی اجبار مشروط‌علیه دانسته است، پذیرفتنی نیست (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۱۹۴/۳؛ سکوتی نسیمی، ۱۳۹۵: ۱۳۶؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۹: ۱۴۴).

مقنن در ماده ۴۹۶، در ضمانت اجرای تخلف از شرایط ضمن عقد اجاره، بدون اشاره به اجبار، حق فسخ را ثابت دانسته است. به نظر می‌رسد توجیه هماهنگی ماده

فوق با قاعده عمومی اجبار ممکن است. بدین ترتیب که می‌توان ماده را منصرف به مواردی دانست که اجبار مشروط‌علیه ممکن نباشد. مبنای چنین تفسیری این است که مواد مختلف را حتی‌الامکان باید هماهنگ و موافق با قواعد عمومی تفسیر کرد و از قبول استثنا خودداری نمود.

ماده ۵۰۰ قانون مدنی نیز به نوعی تکرار حکم ماده ۴۵۴ است. تفاوت دو ماده تنها در این موضوع است که ماده ۴۵۴ به هر نوع خیار نظر دارد، ولی ماده ۵۰۰ که در خصوص بیع شرط می‌باشد، مخصوص خیار شرط است. ضمن اینکه از ظاهر ماده اخیر برمی‌آید که اجاره به صرف منافی بودن با خیار باطل است و ثبوت حکم بطلان، بر خلاف ماده ۴۵۴، منوط به اعمال خیار نیست. این تفاوت قابل توجیه نمی‌باشد و به نظر می‌رسد که باید از ظاهر عبارت گذشت. صرف انعقاد عمل حقوقی، منافی حق فروشنده نیست؛ چرا که ممکن است خیار شرط هرگز اعمال نشود. تنها در فرض اعمال خیار است که حق شخص ثالث (مستأجر) یعنی مالکیت منفعت، با حق فروشنده جهت در اختیار گرفتن عین برخورد می‌نماید. لذا شایسته است که این ماده نیز با توجه به قواعد عمومی، به عدم قابلیت استناد یا انفساخ تعبیر شود. ماده ۴۵۵ مفهومی کمابیش مشابه ماده قبل دارد؛ با این تفاوت که در اینجا عمل حقوقی منافی با خیار، رهن است. ضمن اینکه این ماده در اعلام بطلان، صراحت ماده ۴۵۴ را ندارد. لذا آنچه در سطور پیشین گذشت، در مورد این ماده نیز صدق می‌کند.

نتیجه‌گیری

۱- شرط فعل حقوقی منفی یا شرط ترک فعل حقوقی، آن است که انجام ندادن یک عمل حقوقی اعم از عقد یا ایقاع، بر یکی از متعاقدین شرط شود. ادعای نگارندگان این است که ضمانت اجرای تخلف از این شرط یا به عبارتی دیگر، وضعیت حقوقی عقود و ایقاعات معارض با این شرط، عدم نفوذ مراعی است؛ یعنی عمل حقوقی‌ای که طبق شرط، نهی شده است، در صورت انعقاد، در حالت عدم نفوذ مراعی قرار می‌گیرد. عدم نفوذ مراعی وضعیت عقدی است که به علت تعلق حق شخص ثالثی، در حالت توقف قرار گرفته و طرق جریان آن، یا تنفیذ شخص ثالث است یا ایفای حق وی به هر

نحو دیگر. تفاوت چنین حالتی با عدم نفوذ موقوف این است که در نوع اخیر، توقف عقد به علت ایراد در ارکان آن است و جز با انضمام و تکمیل این رکن، عقد به جریان نمی‌افتد.

۲- مبنای اصلی چنین ضمانت اجرایی، نظریه اجبار اعتباری است. مطابق این نظر، قاعده اولیه در خصوص شروط، این است که مشروط‌علیه باید به اجرای مفاد شرط اجبار شود و تنها در صورتی که اجبار وی و انجام شرط از سوی شخص دیگر ناممکن باشد، اختیار فسخ معامله برای مشروط‌له ایجاد گردد. عدم امکان اجبار در شرط فعل یا ترک فعل مادی متصور است. حتی در برخی شرط فعل‌های حقوقی نیز امکان عدم اجبار وجود دارد؛ مانند حالتی که شخص تعهد می‌کند مال معینی را به رهن بدهد و مال مذکور تلف می‌شود. اما عدم امکان اجبار در شرط ترک فعل حقوقی اصلاً تصور نمی‌شود؛ چرا که نقض شرط در عالم اعتبار رخ داده و همواره می‌توان به لحاظ اعتباری، جلوی چنین نقض عهدی را گرفت. اجبار اعتباری بدین معناست که در عالم اعتبار، نقض شرط را به رسمیت نشناسیم و آثار حقوقی مورد نظر را بر آن بار نکنیم. همان طور که ضمانت اجرای معامله فضولی نیز یک ضمانت اجرای اعتباری است و از طریق عدم جریان آثار چنین عقدی، سد راه آن می‌شویم. اجبار باید از سنخ شرط باشد. هنگامی که مفاد یک شرط، حقوقی و اعتباری است، ضمانت اجرای آن نیز باید حقوقی و اعتباری باشد؛ همچنان که در شرط فعل حقوقی نیز ضمانت اجرا اعتباری است و چنانچه خود مشروط‌علیه به انعقاد عمل حقوقی رضایت ندهد، حاکم به ولایت و نیابت از او اقدام می‌نماید. در واقع، اجبار اعتباری ساده‌ترین نوع اجبار است که در آن به هیچ قوه قهریه‌ای نیاز نیست.

۳- مبانی دیگری که می‌توان در حمایت از مدعای این مقاله ارائه کرد، عبارت است از: منع تجویز پیمان‌شکنی، تقدم ممانعت از نقض عهد بر طرق جبرانی و نظریه عمومی عدم نفوذ مراعی. اگر اعمال حقوقی معارض با شرط ترک فعل حقوقی را صحیح بدانیم، بدین معناست که مشروط‌علیه را به پیمان‌شکنی تشویق کرده و نقض عهد وی را جایز دانسته‌ایم؛ در حالی که قواعد عقلانی و حقوقی اقتضا دارد که حتی‌الامکان راه را بر چنین اموری ببندیم.

۴- در نظریه صحت عمل حقوقی منهی عنه، جهت جبران زیان مشروطه، به وی حق فسخ عقد اصلی را اعطا می کنند. اما در جایی که امکان ممانعت از نقض عهد وجود دارد، نباید به طرق جبرانی متوسل شد. شرط، یک تعهد و توافق تبعی است و قصد طرفین در درجه اول، اجرای آن است؛ لذا تا هنگامی که امکان اجرای شرط، حتی از طریق اجبار وجود دارد، توسل به جبران خسارت، نوعی تخطی از قصد طرفین است.

۵- نظریه بطلان بر آن است که غالب مبانی فوق با بطلان عمل حقوقی منهی عنه برآورده می شوند. بنابراین می توان به جای عدم نفوذ، به بطلان عمل حقوقی نهی شده رأی داد. اولین پاسخ این است که در حقوق ما، بطلان عمل حقوقی غالباً یا به علت ایرادات اساسی در ارکان عقد است یا به علت مخالفت صریح با قانون و نظم عمومی، که بنا بر فرض در مانحن فیه وجود ندارند. از سوی دیگر، برای رعایت مصالح طرفین یک عقد باید به سبک ترین ضمانت اجرا متوسل شد. تا هنگامی که امکان تنفیذ عقد وجود دارد، متوسل شدن به ضمانت اجرای شدیدتر معقول نیست.

کتاب‌شناسی

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، حاشیة المکاسب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۲. اصلانی، حمیدرضا، «ضمانت اجرای شرط ترک فعل حقوقی از منظر فقه امامیه و حقوق مدنی ایران با رویکردی بر آرای امام خمینی»، پژوهشنامه متین، سال نهم، شماره ۳۶، آذر ۱۳۸۶ ش.
۳. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، چاپ سی و یکم، تهران، کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۹۰ ش.
۴. انصاری، مرتضی بن محمدامین، کتاب المکاسب، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۵. جهانگیری، محسن، و غلامرضا یزدانی، «بررسی اقسام شرط و آثار آن (با تکیه بر نقض عهد)»، آموزه‌های فقه مدنی، سال چهارم، شماره ۵، بهار و تابستان ۱۳۹۱ ش.
۶. حسینی روحانی، سیدمحمدصادق، فقه الصادق (علیه السلام)، قم، دار الکتب - مدرسه امام صادق (علیه السلام)، ۱۴۱۲ ق.
۷. حسینی عاملی، سیدجواد بن محمد، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۸. سعادت مصطفوی، سیدمصطفی، «ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی»، فصلنامه دین و ارتباطات، سال دهم، شماره ۲۴، زمستان ۱۳۸۳ ش.
۹. سکوتی نسیمی، رضا، «بررسی فقهی و حقوقی ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی»، آموزه‌های فقه مدنی، سال هشتم، شماره ۱۳، بهار و تابستان ۱۳۹۵ ش.
۱۰. همو، «شرط عدم تصرفات ناقل در مبیع و ثمن (تحلیل فقهی و حقوقی ماده ۴۵۴ ق.م.ا.)»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، سال نوزدهم، شماره ۶۷، پاییز ۱۳۹۳ ش.
۱۱. همو، «شرط نتیجه و وضعیت فقهی - حقوقی معاملات معارض با آن»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال نهم، شماره ۱۶، بهار و تابستان ۱۳۹۶ ش.
۱۲. سلطان‌احمدی، جلال، ابراهیم تقی‌زاده و راضیه تقی‌زادگان، «صحت معامله با حسن نیت در تعارض با شرط منع عمل حقوقی»، فصلنامه مطالعات حقوقی، سال یازدهم، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۸ ش.
۱۳. شهیدی، مهدی، «حقوق کلی مدنی و حق کلی اجرای حقوق»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، پاییز و زمستان ۱۳۶۹ ش.
۱۴. همو، شروط ضمن عقد، چاپ دوم، تهران، مجد، ۱۳۸۷ ش.
۱۵. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، حاشیة المکاسب، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۲۱ ق.
۱۶. طبرسی، امین‌الاسلام ابوعلی فضل بن حسن، المؤلف من المختلف بین ائمة السلف، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۱۷. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ق.
۱۸. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی، الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقیة، قم، کتابفروشی دآوری، ۱۴۱۰ ق.
۱۹. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال‌الدین مکی، الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۲۰. همو، اللمعة الدمشقیة فی فقه الامامیه، بیروت، دار التراث - الدار الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.

۲۱. عراقی، آقایی‌الدین، حاشیه‌المکاسب، تقریر میرزا ابوالفضل نجم‌آبادی، قم، غفور، ۱۴۲۱ ق.

۲۲. علامه حلّی، ابومنصور جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تذکرة الفقهاء، قم، مؤسسة آل البيت (علیهم‌السلام)، ۱۴۱۴ ق.

۲۳. غروی اصفهانی، محمدحسین، حاشیه‌المکاسب، قم، انوار الهدی، ۱۴۱۸ ق.

۲۴. غروی نائینی، محمدحسین، منیة الطالب فی حاشیه‌المکاسب، تقریر موسی بن محمد نجفی خوانساری، تهران، المكتبة المحمدیه، ۱۳۷۳ ق.

۲۵. فخرالمحققین حلّی، ابوطالب محمد بن حسن بن یوسف، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق.

۲۶. فقحانی، علی بن علی بن محمد بن طیّ، مسائل ابن طیّ - المسائل الفقهیة، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.

۲۷. قاسم‌زاده، سیدمرتضی، اصول قراردادها و تعهدات، چاپ چهاردهم، تهران، دادگستر، ۱۳۸۹ ش.

۲۸. کاتوزیان، ناصر، اموال و مالکیت، چاپ هفتم، تهران، میزان، ۱۳۸۲ ش.

۲۹. همو، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸ ش.

۳۰. همو، قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، چاپ ششم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰ ش.

۳۱. کاشف‌الغطاء نجفی، حسن بن جعفر بن خضر، انوار الفقاهة - کتاب البیع، نجف اشرف، مؤسسة کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲ ق.

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

۳۳. کریمی، عباس، «تلاشی برای ساماندهی نظریه عدم نفوذ مراعی»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، سال هفدهم، شماره ۵۸، تابستان ۱۳۹۱ ش.

۳۴. کریمی، عباس، و هادی شعبانی کندی، «وضعیت حقوقی «مراعی» به عنوان وضعیتی در عرض صحت، بطلان و عدم نفوذ»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، سال چهل و هفتم، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۶ ش.

۳۵. محقق داماد، سیدمصطفی، «تحلیل ماده ۴۵۴ قانون مدنی»، مجله حقوقی دادگستری، سال پنجاه و هفتم، شماره ۹، زمستان ۱۳۷۲ ش.

۳۶. همو، قواعد فقه، چاپ دوازدهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ ق.

۳۷. همو، «مفاد شرط مالی ضمن عقد در حقوق اسلامی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی (یادنامه دکتر شهیدی)، پاییز و زمستان ۱۳۸۴ ش.

۳۸. همو، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، چاپ سوم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۳ ش.

۳۹. محقق داماد، سیدمصطفی، سعید حقانی، و علی ساعت‌چی، «بازخوانی جایگاه وضعیت استنادناپذیری اعمال حقوقی با نگاهی به حقوق فرانسه»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۸۳، پاییز ۱۳۹۷ ش.

۴۰. موسوی بجنوردی، سیدحسن بن آقابزرگ، القواعد الفقهیة، قم، الهادی، ۱۴۱۹ ق.

۴۱. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، کتاب البیع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.

۴۲. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، مصباح الفقاهة، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.

۴۳. همو، منهاج الصالحین، چاپ بیست و هشتم، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ ق.

۴۴. میرزائزاد جویباری، اکبر، «وضعیت حقوقی قرارداد فروش مال مرهونه؛ بطلان، عدم نفوذ یا عدم قابلیت استناد»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، سال چهل و یکم، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۰ ش.

۴۵. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن، رسائل الميرزا القمی، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۷ ق.
۴۶. نحفی، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۴۷. نخعی پور، قاسم، سیدمحمد رضوی، و سیدعلی رضوی، «نقدی بر مقاله "بررسی فقهی و حقوقی ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی"»، آموزه‌های فقه مدنی، سال نهم، شماره ۱۵، بهار و تابستان ۱۳۹۶ ش.
۴۸. نراقی، احمد بن محمد مهدی، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۴۹. نعمت‌اللهی، اسماعیل، «ضمانت اجرای شرط فعل حقوقی»، فصلنامه حقوق اسلامی، سال ششم، شماره ۲۳، زمستان ۱۳۸۸ ش.

مسقط حق رد نبودن حدوث عیب جدید با جبران خسارت

(نقد بند ۳ ماده ۴۲۹ قانون مدنی)*

- محمدرضا کیخا^۱
- حمید مؤذنی بیستگانی^۲
- مرضیه قاسمی^۳

چکیده

در بند سوم ماده ۴۲۹ قانون مدنی - مطابق دیدگاه مشهور فقها- به مسقط حق رد بودن حدوث عیب نزد مشتری تصریح شده و مقید به عدم زوال عیب نگردیده است؛ در حالی که برخی فقها معتقدند اگر عیب حادث، توسط مشتری زائل شود، حق رد برای مشتری همچنان محفوظ خواهد بود. این پژوهش که به روش توصیفی تحلیلی انجام شده، نشان می‌دهد که تنها دلیل نقلی در مسقطیت، مرسله جمیل بن دراج است که آخوند خراسانی تمسک به آن را مردود می‌داند و معتقد است که مسقطیت در آن به جهت مراعات حال بایع می‌باشد. لذا در فرض

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۱/۲ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۴/۲۴.

۱. دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سیستان و بلوچستان (نویسنده مسئول)
(kaykha@hamoon.usb.ac.ir).

۲. دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سیستان و بلوچستان (moazzeni62@gmail.com).

۳. سطح ۳ حوزه علمیه (m.ghasemi000.b@gmail.com).

جبران خسارت، وجهی برای تمسک به خبر مذکور وجود ندارد. عیب حادث نیز موضوعیتی جهت اسقاط حق رد ندارد؛ بلکه مناط، وارد ساختن ضرر بر بایع و عدم مراعات حق اوست. لذا به نظر می‌رسد چنانچه عیب حادث برطرف شود، مسقط حق رد نخواهد بود و ماده مذکور نیاز به اصلاح دارد.

واژگان کلیدی: خیار عیب، مسقطات خیار، عیب حادث، ماده ۴۲۹ ق.م.، زوال عیب.

۱. مقدمه

مطابق دیدگاه فقها و نیز برابر ماده ۴۲۲ قانون مدنی، چنانچه مشتری پس از معامله، متوجه معیوب بودن کالا شود، مخیر بین ردّ مبیع و اخذ ارش می‌باشد. اما ماده ۴۲۹ قانون، سه مورد از مسقطات رد را برمی‌شمرد که با وجود آن‌ها، حق مشتری مبنی بر جواز ردّ مبیع ساقط می‌شود. یکی از این عواملی که موجب سقوط حق رد می‌شود و در بند ۳ ماده مذکور بدان تصریح شده، «حدوث عیب جدید در مبیع» است. بنابراین چنانچه در کالای معیوبی که مشتری خریداری کرده، عیب جدیدی حادث شود، مشتری تنها حق امضای عقد و دریافت ارش را دارد و نمی‌تواند نسبت به فسخ عقد و ردّ مبیع اقدام کند. قانون مدنی در این ماده، مسقط بودن حق ردّ در حدوث عیب جدید را از جهت زوال یا عدم زوال عیب حادث توسط مشتری، مطلق بیان کرده است. لذا فرض زوال عیب حادث و جبران آن توسط مشتری را هم در بر می‌گیرد. مطابق دیدگاه مشهور فقها نیز حدوث عیب نزد مشتری، مسقط حق ردّ است و زوال عیب، موجب بازگشت حق ردّ نمی‌شود؛ حتی اگر عیب حادث، موجب نقصان مالی نشود (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۱/۲) و نیز حتی اگر مشتری در ماجرای حدوث عیب، مقصر نباشد. بنابراین در جایی که به صورت غیر عمدی، عیبی بر کالا وارد شود که موجب نقصان مالی هم نمی‌شود و مشتری رفع عیب کند، همچنان بر مشتری لازم است ضرری را که از ناحیه عیب سابق بر وی وارد می‌شود، تحمل کند؛ اما حق ردّ مبیع را ندارد.

این در حالی است که اصل مسقط حق رد بودن عیب حادث، محل بحث می‌باشد، چه رسد به فرضی که مشتری نسبت به جبران آن مبادرت ورزد؛ چرا که صاحب جواهر از عبارات شیخ مفید در مقنعه، عدم مسقط حق رد بودن عیب حادث را استظهار می‌کند

و سپس می‌گوید: «اگر پای اجماع در میان نبود، قول شیخ مفید، جید و سزاوار بود» (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۳/۲۴۰). علامه حلی نیز در تحریر تصریح می‌کند که اگر عیب حادث، توسط خود مشتری صورت نگرفته باشد و زائل شود، حق ردّ برای مشتری همچنان محفوظ خواهد بود (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۱۸۳/۱). بنابراین سؤال اساسی آن است که ادله مسقط حق رد بودن عیب حادث کدام‌اند و آیا شامل فرض مذکور یعنی فرض زوال عیب هم می‌شوند؟ اگر مسقطیت مستفاد از عمومات لاضرر است، آیا می‌توان برای جلوگیری از ورود ضرر بر بایع، مشتری را با چنین ضرری مواجه ساخت؟ در این راستا به نقد و بررسی ادله دیدگاه فقهای امامیه و مستندات ماده مذکور پرداخته و عدم مانعیت عیب حادث در سقوط حق رد را به شرط زوال عیب اثبات خواهیم کرد.

۲. مفهوم‌شناسی واژگان

۱-۲. خیار

خیار اسم مصدر اختیار و به معنای اراده کردن بهترین از بین دو چیز است (ابن اثیر جزری، بی‌تا: ۹۱/۲). همچنین درباره چیزی به کار می‌رود که انسان آن را برای خود خیر می‌داند، گرچه شاید واقعاً خیر نباشد (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۳۰۱). در اصطلاح به معنای مالک بودن بر فسخ عقد است. این تعریف از خیار، از ناحیه اکثر متأخران صورت گرفته است (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۱/۵). برخی نیز گفته‌اند که خیار به معنای مالک بودن بر تثبیت و یا برهم زدن عقد است (سیوری حلی، ۱۴۰۴: ۴۳/۲).

۲-۲. عیب

مقصود از عیب، هر چیزی است که بر خلاف مقتضای خلقت اصلی خود باشد؛ خواه نقص باشد مثل کوری، و یا زیادت باشد مثل انگشت اضافی داشتن، و یا اینکه صرفاً یک اشکال عرفی محسوب شود مثل اینکه خانه در محله‌ای باشد که محل رفت و آمد نظامیان است. طبق تصریح شیخ انصاری، مقصود فقها از عیب در «خیار عیب» - که سبب حصول حق خیار است - صرفاً عیوبی است که موجب کاهش ارزش مالی مبیع می‌شود؛ ولی عیب در «عیب حادث» - که موجب سقوط حق ردّ می‌شود - مواردی نظیر شراکت،

تبعض صفتی و امثال آن را هم که موجب نقصان مالی نمی‌شود، در بر می‌گیرد (انصاری، ۱۴۱۵: ۳۰۴/۵). فرض کنیم دو نفر، متاع معیوبی را خریده‌اند؛ سپس یکی از آن دو نسبت به سهم خودش، تصمیم به فسخ معامله و ردّ مبیع می‌گیرد، لکن دیگری معامله را امضا می‌کند. در این صورت، بایع ناخواسته با یکی از دو مشتری شریک خواهد شد که این برای بایع، یک نوع نقص و عیب محسوب می‌شود؛ زیرا معلوم نیست که او مایل باشد با هر شخصی شریک شود. در اینجا شرکت، نوعی عیب و نقص است، در حالی که شاید موجب کاهش ارزش مالی مبیع نشود. مثال دیگر آنکه فرض کنیم مشتری، مبیعی را که مقداری از آن معیوب است، خریداری کند و سپس تصمیم بگیرد که همان مقدار معیوب را پس دهد و بقیه را نگه دارد. این کار موجب تبعض صفتی بایع می‌شود که نوعی عیب و نقص محسوب می‌شود؛ گرچه مستلزم کاهش ارزش مالی نگردد.

۳. تبیین محل بحث

جهت تبیین محل بحث، ابتدا به بیان برخی نکات می‌پردازیم. یکی از اموری که طبق دیدگاه فقهای امامیه و نیز مطابق بند ۳ ماده ۴۲۹ قانون مدنی، موجب سقوط حق رد می‌شود، حدوث عیب جدید است. در بند مذکور، قیود و استثنایی ذکر شده که جهت تبیین آن‌ها لازم است توضیح ارائه شود و آن اینکه عیب حادث در مبیع، چند نوع است:

نوع اول، عیبی است که بعد از عقد و قبل از قبض مبیع حادث می‌شود. این عیب، مانع از فسخ معامله و ردّ مبیع نخواهد بود؛ بلکه چنین عیبی به منزله عیبی است که قبل از عقد موجود بوده است. لذا خودش مستقلاً یکی از اسباب ایجاد خیار عیب و جواز ردّ است، نه اینکه مانع از ردّ مبیع باشد. مطابق ماده ۴۲۵ قانون مدنی:

«عیبی که بعد از بیع و قبل از قبض، در مبیع حادث شود، در حکم عیب سابق است.»

نوع دوم، عیبی است که پس از عقد و قبض مبیع، لکن در زمان خیار مختص به مشتری حادث شود. توضیح مطلب آنکه گاهی مشتری در یک بازه زمانی، دارای حق

خیار است و بایع نیز همچنان ضمان مبیع را بر عهده دارد؛ مثل جایی که تنها مشتری، خیار مجلس و یا خیار شرط داشته باشد و نیز مثل بحث خیار حیوان که از اساس، متعلق به مشتری است. در این موارد سه گانه که مشتری دارای حق اختصاصی خیار است، چنانچه عیبی در مبیع حادث شود، خسارت آن متوجه بایع است (همان: ۳۰۱/۵). در ذیل ماده ۴۲۹ قانون مدنی که به مسقط بودن عیب حادث اشاره می‌کند، این استثنا بیان شده است:

«مگر اینکه در زمان خیار مختص به مشتری حادث شده باشد که در این صورت، مانع از فسخ و ردّ نیست».

استثنای مذکور اشاره به همین اختیارات سه گانه دارد که حدوث عیب در این موارد، خودش سبب مستقلی برای ثبوت حق ردّ است، نه اینکه مانع از ردّ باشد (موسوی خویی، بی‌تا: ۲۵۰/۶). دلیل این مطلب، اخباری است حاکی از اینکه هر عیبی که در زمان خیار مختص مشتری حادث شود، ضمان آن متوجه بایع است؛ نظیر روایت امام صادق عَلَيْهِ السَّلَامُ که فرمود:

«اگر در حیوان، تا پیش از سه روز، عیبی حادث شود، ضرر آن متوجه بایع است» (صدوق، ۱۴۱۳: ۲۰۳/۳).

نوع سوم، عیبی است که پس از عقد و قبض مبیع و نیز پس از انقضای زمان خیار مختص مشتری حادث شود. بحث ما پیرامون همین قسم سوم است (انصاری، ۱۴۱۵: ۳۰۱/۵) و بند ۳ ماده ۴۲۹ قانون مدنی نیز به همین قسم اشاره دارد.

بنابراین دانسته شد در جایی که مشتری، کالای خریداری شده را معیوب بیابد، حق ردّ مبیع را دارد؛ اما چنانچه نزد مشتری، عیب جدیدی در کالا حادث شود، مشهور فقها بر این باورند که حق ردّ ساقط می‌شود. مطابق این دیدگاه، تفاوتی نمی‌کند که در حدوث عیب جدید، مشتری مقصر باشد یا اینکه بدون قصد و عمد وی، کالا دچار عیب شود. ضمناً تفاوتی نمی‌کند که عیب مذکور، موجب نقصان مالی بشود یا نشود. اکنون بحث در این است که آیا مشتری به واسطه عیبی که در دست او و چه بسا بدون قصد و عمد صورت گرفته است، باید آن کالا را نزد خود نگه دارد و یا اینکه می‌تواند

با برطرف کردن عیب، بیع را فسخ کند و مال را برگرداند؟ برای تبیین بهتر محل بحث، لازم است که به طرح دو پرسش و ارائه پاسخ به آن‌ها بپردازیم. البته پرسش اول و پاسخ به آن، محل بحث ما نیست و محل نزاع منحصراً پاسخ به پرسش دوم است؛ لکن جهت تمهید ورود به محل نزاع، پرسش اول را نیز مطرح می‌سازیم.

پرسش اول: اگر علاوه بر عیبی که قبل از عقد و یا قبض در مبیع وجود داشته است، عیب جدیدی پس از عقد و قبض مبیع توسط مشتری و پس از سپری شدن و انقضای زمان خیار مشتری حادث شود، آیا مسقط حق ردّ مشتری خواهد بود؟ فقهای امامیه معتقدند که عیب مذکور، مسقط حق ردّ است. این دیدگاه گاهی به مشهور فقهای امامیه (همان: ۳۰۳/۵) و گاهی نیز به تمام فقهای امامیه نسبت داده شده است (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۴۰۹/۱۴). شهرت در این مسئله قریب به اجماع است؛ لذا می‌توان آن را به تمام فقیهان امامیه نسبت داد. از دیدگاه برخی فقها نظیر صاحب جواهر، حتی اصل مسقط بودن عیب حادث، عمدتاً مستند به اجماع فقهاست و چنانچه پای اجماع در میان نبود، قول به عدم مسقطیت، جید و سزاوار بود (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۳/۲۴۰).

پرسش دوم: فرض کنیم که عیب حادث، مسقط رد باشد؛ چنانچه عیب حادث توسط مشتری برطرف شود، آیا حق ردّ، دوباره ثابت می‌شود؟ این پرسش، محل بحث ما در این پژوهش است.

۴. دیدگاه فقها درباره مسقط حق رد بودن عیب حادث در فرض

زوال عیب

در زمینه مسقط حق رد بودن بودن و یا نبودن عیب جدید در فرض زوال عیب، دو دیدگاه میان فقیهان امامیه وجود دارد:

دیدگاه اول (دیدگاه مشهور): از اطلاق کلام فقها که بیشتر نقل شد، چنین بر می‌آید که به محض حدوث عیب جدید، حق ردّ ساقط می‌شود و ممنوعیت ردّ، مقید به وجود و بقای عیب حادث نیست. از این رو حتی اگر مشتری، عیب حادث را برطرف کند، دیگر حق ردّ مبیع را نخواهد داشت. قانون مدنی نیز به تبعیت از دیدگاه فقهای امامیه،

مسقط بودن عیب حادث را به صورت مطلق مطرح نموده و آن را مقید به زوال عیب ندانسته است.

دیدگاه دوم: علامه حلی گرچه در تذکره تصریح می‌کند به اینکه عیب حادث، حتی در فرض زوال هم مانع از ردّ مبیع خواهد بود (علامه حلی، بی‌تا: ۱۲۸/۱۱)، لکن در تحریر بر خلاف نظر پیشین خود تصریح می‌کند که اگر عیب حادث، توسط مشتری صورت نگرفته باشد و زائل شود، حق ردّ برای مشتری همچنان محفوظ خواهد بود (همو، ۱۴۲۰: ۱۸۳/۱). همچنین مستفاد از قول شیخ مفید، عدم اسقاط است.

آقارضا همدانی نیز به صورت قاطع فتوا نمی‌دهد و استفاده حکم این فرع را مبتنی بر این می‌داند که آیا این فرع، مجرای استصحاب خیار است یا مجرای استصحاب اصالت لزوم؟ آنگاه این مبنا را نیز مبتنی بر این می‌داند که آیا ادله اسقاط حق خیار، منحصر در ادله لاضرر است یا ادله آن شامل اجماع هم می‌شود؟ بدین ترتیب صریحاً از تصریح به فتوا در این فرع پرهیز می‌کند (همدانی، ۱۴۲۰: ۵۲۸).

۴-۱. تحلیل و ارزیابی ادله دیدگاه مشهور

در اینجا به بیان ادله دیدگاه مشهور و بررسی آن‌ها می‌پردازیم تا اثبات شود ادله‌ای که برای دیدگاه مشهور و قانون مدنی - مبنی بر مسقط رد بودن عیب حادث - آورده شده‌اند، قابل خدشه‌اند و بر فرض مقبول بودن، اطلاق ندارند و شامل فرض زوال عیب نمی‌شوند.

۴-۱-۱. ادله مسقط حق رد بودن عیب حادث

گفتیم مشهور فقها بلکه همه آن‌ها معتقدند که عیب حادث، مسقط حق ردّ است. ادله ایشان عبارت‌اند از:

۴-۱-۱-۱. اجماع

عاملی در *مفتاح الکرامه*، ادعای اجماع بر دیدگاه مذکور کرده است (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۴۰۹/۱۴). اما دلیل اجماع، قابل مناقشه است؛ زیرا اولاً بر فرض که اجماع منقول حجت باشد، از آنجایی که مدارک مجمعین در دست ماست، اجماع مذکور مدرکی

خواهد بود. به تصریح اصولیان، اجماع مدرکی و یا محتمل‌المدرک فاقد حجیت است (طباطبایی قمی، ۱۳۷۱: ۱۵۲/۲). بنابراین باید صرفاً به بررسی ادله پیردازیم تا مستفاد از آن‌ها را استخراج نماییم؛ چرا که اعتماد بر اجماع، در جایی که ادله آن موجود است، فاقد توجیه می‌باشد. ثانیاً از اطلاق اجماع و عدم تقیید آن به زوال عیب نمی‌توان نتیجه گرفت که حدوث عیب، مطلقاً مسقط ردّ است؛ زیرا «تمسک به اطلاق اجماع جهت اثبات اطلاق حکم، به لحاظ اصولی مردود است» (عراقی، ۱۴۱۷: ۳۲/۴). دلیل مطلب آن است که اطلاق، از قواعد لفظی بوده که مربوط به ادله لفظی می‌باشد، در حالی که «اجماع، دلیل لّبی است» (طباطبایی قمی، ۱۳۷۱: ۱۱۲/۲). به تصریح اصولیان، در دلیل لّبی باید به قدر متیقن اکتفا نمود (عراقی، ۱۳۸۸: ۴۰۹). قدر متیقن از اجماع فقها، فرض و صورتی است که مشتری بخواهد مبیع را به صورت معیوب، به باع ردّ کند و شامل فرض ما یعنی صورت جبران زوال عیب و جبران خسارت توسط مشتری - نمی‌شود (مامقانی، ۱۳۵۰: ۱۱۲).

۲-۱-۱۴. خبر جمیل بن درّاج

ایشان از بعضی اصحاب نقل می‌کند که یکی از دو امام باقر یا صادق علیهما السلام درباره مردی که پیراهن و یا متاعی را خریداری می‌کند، سپس آن را معیوب می‌یابد، فرمود: «اگر لباس به عینه باقی باشد، می‌تواند آن را به صاحبش برگرداند و پول خود را پس بگیرد؛ اما اگر لباس را خیاطی یا رنگ کرده و یا آن را برش داده باشد، فقط حق گرفتن ارش دارد» (صدوق، ۱۴۱۳: ۲۱۷/۳).

کیفیت استدلال به مرسله فوق چنین است که چنانچه مبیع بر حالت سابق خود باقی نباشد، حق ردّ ساقط می‌شود. از دست رفتن حالت سابق، شامل تلف و هر گونه تغییری می‌شود؛ اعم از اینکه تغییر، توسط مشتری و یا دیگری باشد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۷۹/۲). اما استدلال به این روایت، هم از نظر سندی و هم از نظر دلالتی قابل مناقشه است؛ زیرا اولاً حدیث مذکور به لحاظ سندی مرسله است؛ چون جمیل، خبر مذکور را از بعضی اصحاب نقل می‌کند و در سلسله راویان، ارسال وجود دارد. ثانیاً آخوند خراسانی استدلال به حدیث مذکور را مردود می‌داند و می‌نویسد:

«مرسله مذکور ظهور در فرضی دارد که عیب حادث در مبیع تا زمان ردّ باقی باشد؛ زیرا ممنوعیت مذکور، به جهت مراعات حال بایع است و از این جهت تفاوتی نمی‌کند که مبیع دچار هیچ تغییری نشده باشد یا اینکه پس از تغییر، عیب آن برطرف شود» (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۲۱۸).

بنابراین مرسله مذکور، مربوط به فرض بحث ما یعنی صورت زوال عیب و جبران آن توسط مشتری نمی‌شود.

علامه حلّی در *تذکره الفقهاء* چنین اذعان می‌دارد که عیب حادث، مقتضی تلف شدن جزئی از مبیع است که ضمان آن به عهده مشتری می‌باشد. لذا حق مشتری مبنی بر ردّ مبیع ساقط می‌شود؛ چرا که این نقص، به دست مشتری حاصل شده است و قرار نیست که بایع متحمل آن شود؛ زیرا تحمل عیب سابق توسط بایع، اولی از تحمل عیب توسط مشتری نیست (علامه حلّی، بی‌تا: ۱۲۵/۱۱).

اما شیخ انصاری در رد کلام علامه حلّی چنین بیان می‌دارد:

«استدلال مذکور ناتمام می‌باشد؛ زیرا وقتی گفتیم که تحمل کردن خسارت توسط بایع، اولوی بر تحمل خسارت توسط مشتری ندارد، به معنای سقوط حق رد مشتری نیست؛ چون وقتی تحمل خسارت توسط یکی، اولویت بر تحمل خسارت بر دیگری نداشت، شک در حق رد می‌کنیم. در اینجا با مراجعه به اصل استصحاب می‌گوییم که اصل، بقاء حق خیار و عدم سقوط حق رد است» (انصاری، ۱۴۱۵: ۳۰۵/۵).

برای تبیین وجه تمسک به استصحاب می‌گوییم چنانچه خود عیب، جهت اسقاط حق خیار موضوعیت داشته باشد، اجرای استصحاب در این بحث به چالش کشیده می‌شود؛ زیرا با حدوث عیب، حق ردّ ساقط می‌شود و جواز ردّ مبیع، نیاز به دلیل خاص خواهد داشت و مجرای استصحاب نخواهد بود. لکن اگر گفتیم که نفس عیب - اعم از متدازک و غیر متدازک - مسقط نیست، بلکه عیبی مسقط رد است که به عدم مراعات حال بایع بینجامد و مستلزم وارد ساختن ضرر بر وی باشد، در نتیجه عیب، تمام الموضوع جهت اسقاط حقّ رد نیست، بلکه عیب غیر متدازک، موجب اسقاط است. در این صورت، اگر شک کنیم که آیا عیب متدازک، مسقط خیار هست یا نه؟ به استصحاب حق خیار تمسک می‌کنیم.

۳-۱-۱-۴. قاعده لاضرر

مطابق قاعده مذکور، مشتری نمی‌تواند از حقی برخوردار باشد که مستلزم وارد ساختن ضرر نابه‌جا بر بایع باشد. حال اگر به مشتری این حق داده شود که میبعی را که نزد وی دچار آسیب و عیب جدید شده، به بایع برگرداند، مستلزم ورود ضرر و خسارت بر بایع خواهد بود. لذا به حکم قاعده مذکور، حق ردّ مشتری اسقاط می‌شود و تنها می‌تواند عقد را امضا کند و جهت جبران خسارت مربوط به عیب سابق، ارش دریافت نماید.

ناگفته نماند که فقیهی را نیافتیم که در این زمینه به قاعده مذکور تمسک جستته باشد؛ بلکه صرفاً برخی فقها، به صورت پاسخ به یک استدلال محتمل، در مقام نقد تمسک به آن برآمده‌اند. از همین رو، شیخ انصاری عمده دلیل بر مسقط حق رد بودن عیب حادث را اجماع و مرسله جمیل می‌داند (همان).

اما نقدهای زیر بر این استدلال وارد است:

اولاً: بر فرض که کسی در این باب، به قاعده لاضرر تمسک کرده باشد، خود این تمسک، دلیل بر آن خواهد بود که اسقاط حق رد، مربوط به آن فرضی است که مستلزم ضرر بر بایع باشد. بنابراین در جایی که عیب حادث زائل شود و یا توسط مشتری، خسارت مربوطه جبران شود، به گونه‌ای که عرفاً ضرری بر بایع وارد نشود، دلیلی بر اسقاط حق ردّ وجود نخواهد داشت. به عبارت دیگر، اسقاط حق ردّ، مربوط به آن فرضی است که مستلزم وارد شدن ضرر بر بایع باشد. ورود ضرر بر بایع، تنها در صورتی خواهد بود که مبیع همراه با عیب حادث برگردانده شود. لکن چنانچه عیب حادث، جبران و اصلاح شود، دیگر ضرری بر بایع وارد نخواهد شد؛ لذا جایی برای تمسک به قاعده لاضرر نخواهد بود.

ثانیاً: قاعده لاضرر در مقام امتنان بر امت است (مامقانی، ۱۳۵۰: ۳۳۶). لذا آقارضا همدانی تصریح می‌کند که در فرض ما - که تعارض دو ضرر مطرح است - نمی‌توان به استناد قاعده مذکور، جهت جلوگیری از وارد شدن ضرر به بایع، مشتری را در معرض ضرر قرار داد (همدانی، ۱۴۲۰: ۵۲۸)؛ چون فرض ما در جایی است که اگر مشتری بخواهد کالایی را که سابقاً معیوب بوده و با عیب سابق خریداری کرده، نگه دارد و از ردّ آن خودداری کند، متضرر خواهد شد. لذا می‌کوشد تا با جبران خسارت و عیب حادث،

حق خود مبنی بر جواز رد را حفظ کند. حال اگر به جهت جلوگیری از وارد شدن هرگونه ضرر بر بایع بگوییم که صرف حدوث عیب، مانع از جواز رد است، عملاً مشتری را در معرض پذیرش ضرر قرار داده‌ایم؛ در حالی که قاعده مذکور نمی‌تواند دلیل و مجوزی بر وارد ساختن ضرر بر آحاد امت باشد. در نتیجه، «نظر به تعارض ضررین، شک در بقاء حق فسخ و رد مبیع می‌کنیم. با استناد به اصل استصحاب، حکم به بقاء حق رد می‌کنیم» (همان؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۷۹/۲).

۴-۱-۴. ضمان مشتری نسبت به عیب حادث

طبق فرض، بحث ما در جایی است که مشتری، کالایی را از بایع تحویل گرفته و آنگاه نزد وی دچار عیب جدید شده باشد. طبیعی است که نباید به مشتری حق پس دادن کالا داده شود؛ زیرا مشتری نسبت به چنین عیبی که نزد خودش حادث شده، ضامن است (عاملی جزینی، ۱۴۱۷: ۲۸۴/۳؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۴۰۹/۱۴).

اما این دلیل نیز همانند ادله دیگر دیدگاه مشهور خدشه‌پذیر است؛ زیرا نمی‌تواند شامل فرضی شود که خسارت توسط مشتری جبران شود؛ چون در این صورت، مشتری برابر ضمانتی که نسبت به عیب حادث پیدا کرده، نسبت به جبران خسارت اقدام نموده است. بنابراین دلیل مذکور نمی‌تواند مانع از رد مبیع باشد.

نتیجه آنکه ادله‌ای که بر مسقط حق رد بودن عیب حادث آورده شده‌اند، یا اساساً دلالت بر مسقط رد بودن ندارند و یا شامل فرض جبران خسارت و زوال عیب نمی‌شوند. به همین جهت، صاحب جواهر می‌گوید:

«اگر پای اجماع در میان نبود، سزاوار بود که فتوا به مسقط حق رد نبودن عیب حادث داده شود» (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۴۰/۲۳).

۵. دیدگاه دوم و مختار نگارندگان

پس از بررسی ادله دیدگاه مشهور فقهای امامیه و تحلیل و بررسی تمامی آن‌ها به این نتیجه رسیدیم که هیچ یک از ادله مذکور، دلالت بر اسقاط حق رد در فرض زوال عیب حادث و جبران خسارت توسط مشتری نمی‌کنند. از این رو، پس از فقدان دلیل

بر شمولیت و اطلاق ادله ردّ نسبت به فرض زوال عیب، به نظر می‌رسد بر فرض که حدوث عیب، مانع از اعمال حق ردّ باشد، این مانعیت مربوط به فرض بقاء عیب حادث است؛ یعنی مشتری نمی‌تواند کالای خریداری شده را همراه با عیبی که در آن حادث شده است، به بایع برگرداند. اما چنانچه عیب حادث زائل شود، حق ردّ همچنان محفوظ خواهد بود. در ادامه، ادله ما بر این مطلب خواهد آمد.

۱-۵. اطلاق ادله ثبوت حق ردّ

روش هر بحث فقهی آن است که در ابتدا مقتضای اصل لفظی بیان می‌شود تا چنانچه ادله طرفین به تکافو رسید و دلیل یک طرف غالب نشد، به مقتضای اصل لفظی و در صورت فقدان اصل لفظی، به مقتضای اصل عملی مراجعه شود. حال در اینجا صاحب جواهر - جهت اثبات مدعا - به مقتضای اطلاق ادله ثبوت حق ردّ تمسک می‌کند (همان: ۲۳/۲۴۰). توضیح مطلب آنکه وقتی برای خود عیب، موضوعیت قائل نبودیم و آن را بنفسه مسقط ندانستیم، بلکه به لحاظ عدم رعایت حق بایع و نیز ایراد ضرر بر وی مسقط دانستیم، نفس عیب، تمام الموضوع برای اسقاط نخواهد بود، بلکه قدر متیقن از آن، «عیب غیر متدارک» است. بدین جهت می‌گوییم اخبار مستفیضه، دال بر آن هستند که اگر مشتری، کالای خریداری شده را معیوب بیابد، حق فسخ معامله و ردّ مبیع را دارد (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۷۵/۵). این اخبار اطلاق دارند و در تمام فروض، حکم به ثبوت حق ردّ برای ذوالخیار می‌کنند. بنابراین در فرض محل بحث ما، یعنی در جایی که مشتری بخواهد مبیع را پس از زوال عیب به بایع برگرداند، - نظر به فقدان دلیل معتبر بر خروج از اطلاق ادله - تحت اطلاق ادله جواز ردّ باقی خواهد ماند.

۲-۵. تمسک به مفهوم ادله مسقطیت تغییر مبیع

ادله‌ای که می‌گویند عیب غیر متدارک که تا زمان ردّ در مبیع باقی است، مسقط حق رد خواهد بود، به مفهوم خود دلالت دارند که اگر عیب اصلاح شود و مبیع به حالت اول خود درآید، حق رد همچنان محفوظ است (ایروانی نجفی، ۱۴۰۶: ۵۶/۲). جهت تبیین این دلیل به دو نکته اشاره می‌کنیم که به منزله مقدمات این استدلال هستند:

نکته اول: مطابق ادله خیار عیب، در جایی که مشتری، کالا را واجد عیب سابق

می‌یابد، مادامی که عین باقی باشد، حق فسخ عقد را دارد. بنابراین حق مذکور، مشروط به بقاء عین است و اگر عیب حادث را مسقط حق رد دانسته‌اند، از آن جهت است که با حدوث عیب حادث، «بقاء عین» صدق نمی‌کند.

نکته دوم: توجه به این نکته مهم است که بقاء عین که در روایات مورد اشاره قرار گرفته، به معنای عرفی آن مقصود است. سید یزدی می‌گوید:

«مقصود از بقاء عین، بقاء به دقت فلسفی و عقلی آن نیست تا کسی گمان برد کالایی که عیب حادث در آن ایجاد شده، حتی پس از زوال عیب، دیگر آن کالای سابق نیست و بقاء عین صدق نمی‌کند. خیر! وقتی سخن از بقاء عین به میان می‌آید، مقصود بقاء عرفی است. درباره کالایی که عیب حادث آن زائل شده باشد، عرفاً بقاء عین صدق می‌کند» (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۷۹/۲).

نتیجه آنکه در فرض اصلاح و جبران، می‌توان گفت که مبیع بر حالت سابقه خود می‌باشد. در نتیجه حق رد همچنان باقی است.

۳-۵. قاعده لاضرر

چنانچه پیشتر نیز بیان کردیم، در اینجا نمی‌توان با تمسک به قاعده لاضرر، حق رد مبیع را - به نفع بایع - اسقاط کرد. حال می‌گوییم که نه تنها قاعده مذکور، دلیل بر اسقاط حق رد نیست، بلکه دلیلی است بر اینکه نمی‌توان به صرف حدوث عیب، حقی را که برای مشتری به واسطه عیب سابق ثابت شده است، سلب نمود. در جایی که مشتری، کالایی را خریداری کرده، سپس متوجه وجود عیب در آن شود، حق دارد که کالای مذکور را به بایع پس دهد و ثمن خود را تحویل بگیرد. حال اگر کالای مذکور نزد مشتری، به عیب جدیدی دچار شود و مشتری جهت جبران و اصلاح آن، اقدامات لازم را انجام دهد و عیب را برطرف سازد، چنانچه وی همچنان ملزم به نگهداری کالایی باشد که از ابتدا دچار عیب بوده و حکم به اسقاط حق او مبنی بر جواز رد مبیع شود، عملاً در معرض ورود ضرر قرار گرفته است؛ به ویژه آنکه فقها، مقصود از عیب را مطلق نقص می‌دانند؛ اعم از آنکه موجب نقصان مالی بشود یا نشود (انصاری، ۱۴۱۵: ۳۰۴/۵). بدین ترتیب اگر کالا دچار نقصی شود که هیچ از ارزش مالی کالا نمی‌کاهد و

مشتری نیز آن را زائل سازد، طبق نظر مشهور فقها و نیز برابر قانون مدنی، همچنان ملزم است کالایی را که هنگام خریداری معیوب بوده، نزد خود نگهداری کند. مطابق ادله لاضرر، چنین حکمی مردود است.

۴-۵. اصل عدم مانعیت موجود

در تبیین این استدلال می‌گوییم ظهور عیب لاحق، مقتضی ثبوت حق خیار است. در جایی که عیب حادث در کالا رخ دهد و مشتری نسبت به اصلاح و جبران آن اقدام کند و بخواهد کالا را بدون عیب پس دهد، شک در حصول مانع می‌کنیم، لذا به اصل عدم مانعیت موجود تمسک می‌کنیم. در نتیجه می‌گوییم مقتضی ردّ موجود، و مانع مفقود است، لذا حکم به بقاء حق رد برای مشتری می‌شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰: ۷۹/۲).

۵-۵. اصل استصحاب

در فرضی که مشتری، کالای خریداری شده را واجد عیب می‌یابد، به حکم ادله ثبوت خیار عیب، قطعاً حق فسخ و رد مبیع را پیدا می‌کند. حال اگر کالای خریداری شده مبتلا به عیب جدید شود و مشتری بخواهد پس از زوال عیب، نسبت به ردّ آن اقدام کند، شک در بقاء حق رد می‌کنیم. برابر اصل استصحاب گفته می‌شود که مشتری، یقین سابق به حق رد داشته است؛ اکنون شک در سقوط حق خود می‌کند؛ باید بقاء حق رد را استصحاب کند.

نکته‌ای که در اینجا باید مورد التفات قرار گیرد، این است که فقهای نظیر شیخ انصاری از آنجایی که ظهور عیب حادث را مسقط حق رد دانسته‌اند، تمسک به اصل مذکور را مردود می‌دانند و معتقدند در جایی که حق رد ساقط شد، ثبوت مجدد حق رد، نیاز به دلیل جدید دارد (انصاری، ۱۴۱۵: ۳۰۶/۵). در حالی که این سخن مردود است؛ زیرا پس از آنکه حق رد به واسطه عیب سابق ثابت شد، مشتری با دو فرض می‌تواند مواجه باشد: فرض اول اینکه کالای خریداری شده را با عیب حادثی که در آن ایجاد شده، به بایع برگرداند. فرض دوم اینکه کالای خریداری شده را با جبران و زوال عیب حادثی که در آن ایجاد شده، به بایع برگرداند. در فرض دوم، اساساً شک در سقوط حق رد دارد؛ لذا نمی‌توان گفت که حق رد مشتری قطعاً به واسطه عیب حادث ساقط شده و

اکنون شک داریم که آیا به واسطه جبران خسارت و زوال عیب، حق رد مذکور عودت می‌کند یا نه؟ نظر به همین مطلب است که آخوند خراسانی در نقد این کلام شیخ می‌گوید سخن شما در صورتی صحیح است که شک ما در ثبوت حق رد پس از سقوط آن باشد؛ در حالی که شک ما در اصل سقوط حق رد است (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۲۱۸).

بنابراین چنین گمان نشود که با وجود عیب حادث، حق خیار قطعاً ساقط می‌شود. این گمان باطل است؛ زیرا گفتیم که مسقط بودن مطلق عیب، اول کلام می‌باشد و دلیلی بر اینکه مطلق عیب - اعم از متدازک و غیر متدازک - مسقط خیار باشد، نداریم. بلکه قدر متیقن از ادله مذکور، فرضی است که ردّ مبیعی که عیب حادث یافته، مستلزم وارد ساختن ضرر بر بایع و عدم مراعات حال وی باشد. بنابراین مستفاد از ادله و اصول مذکور این است که در فرض جبران خسارت توسط مشتری و زوال عیب، همچنان حق رد برای مشتری محفوظ می‌باشد. از این رو در فرضی که مشتری، مبیعی را واجد عیب سابق می‌یابد و پیش از ردّ آن، عیب جدیدی در کالا حادث می‌شود، حق ردّ برای مشتری محفوظ است. نهایتاً وی موظف به جبران خسارت بوده تا مبادا ردّ مبیع، مستلزم ورود ضرر بر بایع باشد. لذا ضمان عیب حادث برای مشتری خواهد بود (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۳/۲۴۰).

نتیجه‌گیری

گرچه مسقط حق رد بودن عیب حادث، میان فقیهان امامیه مشهور است، لکن برخی از فقها، آن را از اساس قبول ندارند. اما برخی دیگر معتقدند که عیب حادث، مسقط است؛ لکن چنانچه توسط مشتری صورت نگرفته باشد و مشتری به جبران آن مبادرت ورزد، به گونه‌ای که مستلزم وارد ساختن ضرر بر بایع نباشد، مشتری همچنان حق فسخ به سبب همان عیب پیشین را دارد. با تمسک به اجماع فقها نیز نمی‌توان نتیجه گرفت که عیب حادث به طور مطلق، مسقط ردّ است؛ زیرا اولاً اجماع در اینجا مدرکی و فاقد اعتبار است. ثانياً اجماع، دلیل لئی است که باید به قدر متیقن آن تمسک کرد. قدر متیقن، صورتی است که مشتری بخواهد مبیع را به صورت معیوب به بایع برگرداند. مرسله جمیل بن دزاج به عنوان تنها دلیل نقلی خاص در مبحث مسقطیت نیز فقط ظهور در فرضی دارد که عیب حادث در مبیع تا زمان ردّ باقی باشد. تمسک به قاعده لاضرر هم

جهت اثبات دیدگاه مشهور مردود است؛ زیرا ورود ضرر بر بایع، تنها در صورتی است که مبیع همراه با عیب حادث برگردانده شود. به همین جهت، کمتر فقیهی بدان تمسک جسته است. تمسک به قاعده ضمان جهت اثبات دیدگاه مشهور هم صحیح نیست؛ زیرا فرض ما در جایی است که مشتری نسبت به جبران خسارت اقدام نموده است. اما ادله ثبوت حق ردّ اطلاق دارند و در تمام فروض، حکم به ثبوت حق ردّ برای ذوالخیار می‌کنند. بنابراین، فرض محل بحث ما، نظر به فقدان دلیل معتبر بر خروج از اطلاق ادله، تحت اطلاق باقی خواهد ماند. ادله‌ای هم که می‌گویند عیب غیر متدارک که تا زمان ردّ در مبیع باقی و مسقط حق رد است، به مفهوم خود دلالت دارند که اگر عیب اصلاح شود و مبیع به حالت اول خود درآید، حق رد همچنان محفوظ است. بنابراین مطابق قاعده لاضرر، صرف حدوث عیب نمی‌تواند حقی را که برای مشتری - به واسطه عیب سابق - ثابت شده است، سلب کند و وی را در معرض ضرر قرار دهد و بر فرض فقدان دلیل به نفع هر یک از طرفین و یا تکافوی ادله، مقتضای اصل عدم مانعیت موجود و اصل استصحاب، بقاء حق رد در فرض اصلاح مبیع و جبران خسارت است. در نهایت، پس از نقد تمامی ادله مشهور فقها که مستند قانون مدنی بر مطلق بودن مسقطیت حدوث عیب نزد مشتری است، به این نتیجه رسیدیم بند ۳ ماده ۴۲۹ قانون مدنی با توجه به دلایلی که بر خلاف آن وجود دارد، بایسته است که اصلاح شود و مقید به فرض بقاء عیب حادث شود.

کتاب شناسی

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، حاشیه المکاسب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۲. ابن اثیر جزری، مجدالدین ابوالسعادات مبارک بن ابی‌الکرم محمد بن محمد، *النهاية في غريب الحديث والاثر*، قم، اسماعیلیان، بی‌تا.
۳. انصاری، مرتضی بن محمدامین، *کتاب المکاسب*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۴. ایروانی نجفی، علی بن عبدالحسین، حاشیه المکاسب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۵. حسینی عاملی، سیدجواد بن محمد، *مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۶. راغب اصفهانی، ابوالقاسم حسین بن محمد، *مفردات الفاظ القرآن*، بیروت، دار العلم، ۱۴۱۲ ق.
۷. سیوری حلّی (فاضل مقداد)، جمال‌الدین مقداد بن عبدالله، *التنقيح الرائع لمختصر الشرائع*، قم، کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ ق.
۸. صدوق، ابوجعفر محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، *من لا یحضره الفقیه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۹. طباطبایی قمی، سیدتقی، *آراؤنا فی اصول الفقه*، قم، محلاتی، ۱۳۷۱ ش.
۱۰. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، حاشیه المکاسب، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۰ ق.
۱۱. عاملی جزینی (شهید اول)، محمد بن جمال‌الدین مکی، *الدروس الشرعية في فقه الاماميه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۱۲. عراقی، آقاصیاء‌الدین، *الاجتهاد والتقليد*، قم، نوید اسلام، ۱۳۸۸ ش.
۱۳. همو، *نهاية الافکار*، تقریر محمدتقی بروجردی نجفی، قم، بی‌نا، ۱۳۸۸ ش.
۱۴. علامه حلّی، ابومنصور جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *تحریر الاحکام الشرعية علی مذهب الاماميه*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ ق.
۱۵. همو، *تذکرة الفقهاء*، قم، مؤسسه آل‌البتین، بی‌تا.
۱۶. مامقانی، ملاعبدالله بن محمدحسن، *حاشیه علی رساله لاضرر*، قم، مجمع الذخائر الاسلامیه، ۱۳۵۰ ق.
۱۷. همو، *نهاية المقال في تکملة غاية الامال*، قم، مجمع الذخائر الاسلامیه، ۱۳۵۰ ق.
۱۸. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، تقریر محمدعلی توحیدی تبریزی، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
۱۹. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام في شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۲۰. همدانی، آقارضا بن محمدهادی، *حاشیه کتاب المکاسب*، قم، دفتر مؤلف، ۱۴۲۰ ق.

تأملی در حکم فقهی خلق پول*

- مهدی محققیان^۱
- سیدمحمدهادی مهدوی^۲
- احمدرضا توکلی^۳

چکیده

خلق پول از مهم‌ترین پدیده‌های اقتصادی است که آثار بسیاری را در اقتصاد به جای می‌گذارد. خلق پول یا اعتبار جهت اعطای وام به مشتریان بانکی صورت می‌گیرد که بر اساس آن، بانک‌ها به اصطلاح از «هیچ» به خلق اعتبار در حساب متقاضی وام اقدام می‌کنند. گرچه این پدیده موافقانی نیز دارد، لکن همین گروه نیز به آثار مخرب اقتصادی خلق پول واقف و معترف‌اند. از مهم‌ترین

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۶/۱۵ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۸/۵.

۱. دانشجوی دکتری، گروه حقوق، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران (mohaghghiyani@yahoo.com).
۲. دانشیار، گروه حقوق، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران (نویسنده مسئول) (h110mahdavi@gmail.com).
۳. استادیار، گروه حقوق، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران (a_tavakoli44@phu.iaun.ac.ir).

آثار آن می‌توان به بی‌ثباتی اقتصادی، ایجاد تورم افسارگسیخته، تبعیض و نقض عدالت اشاره کرد. از آنجا که کمتر کسی یافت می‌شود که تقاضای وام از بانک‌ها نکرده باشد، می‌توان این مسئله را در عداد مسائل مبتلابه جامعه اسلامی به شمار آورد. از نظر فقهی می‌توان این پدیده را اکل مال به باطل قلمداد کرد؛ زیرا بانک در مقابل «هیچ» به کسب مال مبادرت می‌کند. از سوی دیگر، منع سوءاستفاده از حق که مستفاد از ادله قاعده لاضرر است، بر ممنوعیت خلق پول دلالت دارد. بانک‌ها این حق را دارند که به مشتریان خود وام دهند و این حق را شرع و قانون برای آن‌ها در نظر گرفته است و لکن این حق را دستاویزی برای سوداگری خود و اضرار به کل جامعه قرار داده‌اند که بر اساس ادله منع سوءاستفاده از حق و لاضرر، این عمل محکوم به حرمت است. نهایتاً باید گفت ملاکی که در برخی روایات برای حرمت ربا بیان شده است - که عبارت از کسب سود بدون هیچ مابازائی است - بر خلق پول نیز بی‌کم‌وکاست صادق بوده و با تنقیح مناط قطعی می‌توان حرمت ربا را به آن تعمیم داد.

واژگان کلیدی: خلق پول، اعتبار، اکل مال به باطل، سوءاستفاده از حق، ربا.

مقدمه

تصور اکثریت افراد جامعه این است که بانک‌ها در اقتصاد، نقش واسطه‌گری صرف دارند؛ یعنی پول افرادی را که مازاد بر احتیاج دارند، گرفته و به دیگران که نیاز به این پول دارند، می‌رسانند؛ در حالی که واقعیت ماجرا آن است که بخش اعظم پول موجود در اقتصاد، توسط دولت یا بانک مرکزی به وجود نیامده است، بلکه توسط بانک‌های تجاری خلق شده است. اما سؤال این است که این اتفاق چگونه می‌افتد و چرا نهادهای دیگر مثل صندوق‌ها، امکان خلق پول ندارند؟ چنان که در ادامه می‌آید، دو دیدگاه در این زمینه وجود دارد و لکن به صورت خلاصه باید گفت که برای وام گرفتن از بانک، شخص ابتدا به بانک مراجعه می‌کند و پس از طی مراحل لازم، بانک برای مثال ده میلیون تومان به او وام می‌دهد. با اعطای وام بانکی به این شخص، سپرده‌ای با رقم ده میلیون تومان برای او در بانک وام‌دهنده به وجود می‌آید، اما از حساب هیچ شخصی نزد بانک چیزی کسر نمی‌گردد. در واقع، سپرده‌های قبلی نزد بانک همچنان فعال هستند و قدرت خرید بالقوه خود را دارند و در عین حال، سپرده (یا قدرت خرید) جدیدی

هم برای این شخص به وجود آمده است و صاحبان سپرده‌های قبلی بانک و نیز این شخص که به تازگی وام گرفته است، هر لحظه که اراده کنند، می‌توانند پول خود را که در حساب‌هایشان نزد بانک موجود است، برداشت کنند. با مقایسه این دو مثال ساده، قدرت و کارکرد ویژه بانک‌ها در قیاس با سایر نهادهای مالی و غیر مالی مشخص می‌شود. «خلق پول» قدرت ویژه‌ای است که به بانک‌ها اعطا شده است. در واقع، بانک‌ها هنگام وام‌دهی، اقدام به خلق پول از هیچ می‌کنند. بنابراین بانک‌ها به سادگی سپرده جدیدی برای وام‌گیرندگان به وجود می‌آورند. توجه به این نکته ضروری است که پول معادل اعتبار است و ماهیتی نهادی دارد، نه کالایی؛ لذا به سادگی می‌توان آن را به وجود آورد. وقتی اسم پول آورده می‌شود، معمولاً اسکناس در ذهن مجسم می‌گردد و چنین پنداشته می‌شود که معادل اعداد موجود در حساب‌های بانکی، نزد بانک‌ها اسکناس وجود دارد؛ در حالی که این تصور اشتباه است. پس خلق پول و یا اعتبار، قدرتی ویژه و در اختیار بانک‌هاست و از آنجا که تأثیرات بسیار زیادی بر کل اقتصاد دارد، شایسته آن است که از نظر فقهی مورد بررسی قرار گیرد.

از این رو در این نوشتار، سؤال اصلی، بررسی حکم تکلیفی خلق پول است؛ یعنی در پی آنیم که بر اساس منابع و ادله فقهی، حرمت یا جواز خلق اعتبار توسط بانک‌ها را مورد کاوش قرار دهیم. روند منطقی آن است که نخست به موضوع‌شناسی پرداخته و سپس حکم‌شناسی را مطرح نماییم؛ زیرا تا شناخت دقیقی از پدیده خلق پول نداشته باشیم، سخن از حکم فقهی آن بیهوده است. به همین جهت، نخست خلق پول را موضوع‌شناسی کرده و ماهیت آن را تبیین می‌کنیم و سپس مقتضای منابع و ادله شرعی را نسبت به این پدیده نوظهور می‌سنجیم.

۱. نظریات خلق پول

آنچه گذشت، توضیح ساده و ابتدایی خلق اعتبار و پول در بانک‌های تجاری بود. لکن تحلیل اقتصادی و فرایند خلق پول در بانک‌ها، نیاز به بیان نظریاتی دارد که در میان اقتصاددانان موجود است. درباره چگونگی و کیفیت خلق پول و اعتبار، دو دیدگاه عمده در میان صاحب‌نظران اقتصاد وجود دارد که در اینجا اشارتی گذرا به آن‌ها خواهیم داشت:

۱-۱. نظریه نخست

این رویکرد بر مبنای نظریه «ذخیره جزئی»، به تحلیل کیفیت و چگونگی خلق پول در بانک‌های تجاری می‌پردازد. این دیدگاه که «ضریب فزاینده» نامیده می‌شود، چنین توضیح می‌دهد که تحت یک نظام بانکداری ذخیره جزئی، بانک‌ها باید بخشی از سپرده‌های خود را به عنوان سپرده نزد بانک مرکزی نگهداری کنند، ولی می‌توانند مقدار باقی‌مانده را به دیگران وام دهند (کميجانی و دیگران، ۱۳۹۷: ۱۵).^۱

۲-۱. نظریه دوم

یک اقتصاددان، رویکرد قبلی را ضریب فزاینده نامیده و آن را چنین توضیح می‌دهد: در رویکرد ضریب فزاینده این گونه بیان می‌شود که بانک‌ها باید صبر کنند تا فردی اقدام به سپرده‌گذاری کند تا پس از آن و کسر ذخایر قانونی به وام‌دهی اقدام نمایند. در حقیقت بانک‌ها واسطه‌هایی هستند که به صورت منفعلانه نسبت به رفتار مشتریان خود واکنش نشان می‌دهند. وام‌دهی بانک‌ها متوقف بر سپرده‌گذاری مشتریان است. در این چارچوب، نرخ ذخیره قانونی نقشی اساسی دارد و با کاهش و افزایش آن،

۱. در توضیح این دیدگاه از مثال زیر بهره می‌بریم: یکی از سپرده‌گذاران عمومی، حقوق ۱۰۰۰ یورویی خود را از بانک الف می‌گیرد. بانک معمولاً آگاه است که این مشتری به همه پول احتیاج ندارد و بخشی از آن پول، به بانک بازخواهد گشت. احتمال این وجود دارد که به طور متوسط ۳۰ یورو در طول یک ماه مصرف شود. در نتیجه فرض مذکور، مقداری زیادی از پول‌هایی که سپرده‌گذاری می‌شود، در بانک بلااستفاده می‌ماند. بانک مکلف است که ۱۰ درصد از پول (یعنی ۱۰۰ یورو) را به عنوان ذخیره نگه داشته و ۹۰۰ یوروی باقی‌مانده را به دیگری که درخواست وام دارد، وام دهد. در این وضعیت، هر دو نفر یعنی سپرده‌گذار اصلی و وام‌گیرنده تصور می‌کنند که در حساب خود پول دارند. سپرده اصلی ۱۰۰۰ یورویی در بانک به ۱۹۰۰ یورو سپرده تبدیل می‌شود که ۱۰۰ یورو سپرده اصلی بوده و ۹۰۰ یورو به درخواست‌کننده وام داده می‌شود. ۹۰۰ یوروی مذکور در اقتصاد به کار گرفته می‌شود و با آن خرید و کسب و کار صورت گرفته و پول بانکی دوباره در بانک ب دریافت می‌گردد. این بانک، ۹۰ یورو از آن را به عنوان ذخیره نگه می‌دارد و ۸۱۰ یورو دوباره مصرف می‌شود و سپس دوباره در بانک ج ذخیره می‌گردد. پس از آن ۸۱ یورو از آن به عنوان ذخیره نگه داشته می‌شود و ۷۲۹ یورو از آن دوباره وام داده می‌شود. این روند همچنان ادامه یافته و در نتیجه مجموع ترازنامه تمام حساب‌های بانکی مردم افزایش می‌یابد. این بدان معناست که در واقع، پول جدید یا قدرت خرید ایجاد شده است. این فرایند با مقداری از وام که در هر مرحله کاهش می‌یابد، ادامه پیدا می‌کند. تابعی از ۲۰۴ مرحله از این فرایند، کل سپرده‌های بانکی مردم را به ۱۰۰۰۰ یورو می‌رساند (صمصامی و کیانپور، ۱۳۹۴: ۱۱۱).

قدرت و امکان خلق پول بانک‌ها تغییر می‌کند (حسینی دولت‌آبادی، ۱۳۹۴: ۵۳).

چنان‌که پیشتر نیز اشتباه رایج در خصوص فرایند خلق پول توضیح داده شد، این تصور غلط وجود دارد که بانک به عنوان نهادی واسطه‌ای، وجوهی را که سپرده‌گذاری شده است، به دیگران وام می‌دهد. در حالی که اقتصاددانان چنین رویکردی را اشتباه قلمداد کرده و آنچه را که در واقع رخ می‌دهد، متفاوت با توضیح رویکرد ضریب فزاینده می‌دانند. مور معتقد است که آنچه در واقع اتفاق می‌افتد، این است که بانک، نخست اعتباردهی و خلق سپرده می‌کند و سپس به دنبال ذخایر می‌رود. در حقیقت خلق پول در بانک‌های تجاری منوط به سپرده‌گذاری نیست. نظریه مقابل دیدگاه ضریب فزاینده، فرایند خلق پول را به نحو متفاوتی توضیح می‌دهد. این نظریه که نظریه «پول درون‌زا» نامیده می‌شود، می‌گوید بانک‌ها بدون آنکه منتظر کسانی بمانند که سپرده‌گذاری کند تا آن را به دیگران وام دهند، این امکان برایشان فراهم است که هر زمان اراده کنند، وام اعطا نمایند. از این طریق، بانک‌ها به خلق سپرده پرداخته و حجم نقدینگی را در اقتصاد افزایش می‌دهند. این دیدگاه، دیدگاه اکثر اقتصاددانان در خصوص فرایند خلق پول است (همان). علاوه بر این، در رویکرد نخست، این تصور اشتباه رایج است که بانک مرکزی از طریق کنترل ذخایر قانونی، حجم پول و نقدینگی را در اقتصاد کنترل می‌کند. در نگاه این رویکرد، بانک مرکزی از طریق تعیین حجم ذخایر قانونی، سیاست‌های پولی خود را اعمال می‌کند؛ در حالی که واقعیت چیز دیگری است. امروزه بانک مرکزی به جای آنکه حجم ذخایر قانونی را کنترل نماید، به هر میزان که بانک تجاری تقاضا داشته باشد، ذخایر را در نرخ اعلام‌شده، قرض می‌دهد. پس حجم ذخایر قانونی، محدودکننده وام‌دهی و خلق پول توسط بانک تجاری نبوده و بانک ابتدا وام داده و سپس برای تأمین ذخایر مورد نیاز اقدام می‌کند.

در واقع خلق پول در معنای صحیحش بر سپرده‌گیری و اکتساب ذخایر تقدم دارد. زمانی که بانک وام اعطا می‌نماید که این کار به معنای افزودن بر سپرده وام‌گیرنده است، این اعتبار از حساب‌های سپرده‌شده پیشین پرداخت نمی‌شود و موجودی ذخایر بانکی را کاهش نمی‌دهد، بلکه این قدرت خرید، به تازگی خلق می‌گردد (سبحانی و

برای توضیح بیشتر، فرض می‌شود که مشتری بانک الف به این بانک مراجعه می‌کند تا وجوهی را به بانک ب انتقال دهد. از آن رو که سپرده‌های خلق شده به واسطه بانک‌ها، ارزش مبادلاتی میان بانک‌ها ندارد، بانک الف برای انتقال وجه به بانک ب باید دست به دامان ذخایر خود نزد بانک مرکزی شود، ولی چون بانک الف بیشتر از ذخایر خود اعتبار خلق کرده است، ناچار است که از بانک مرکزی استقراض کند. بانک مرکزی هم بیش از ذخایر بانک الف، به آن وام می‌دهد. مشاهده می‌شود که در این فرایند، خلق اعتبار متوقف بر سپرده‌گذاری مشتری نیست و نرخ ذخیره قانونی هم که از سوی بانک مرکزی تعیین می‌گردد، عامل محدودکننده نسبت به خلق اعتبار تلقی نمی‌شود (عالی‌پناه و تاج‌لنگرودی، ۱۳۹۶: ۷۷).

۲. رویکردها نسبت به مسئله خلق پول

اقتصاددانان این مسئله را از جهات مختلف مورد مطالعه قرار داده و در مورد آن اظهارنظر کرده‌اند. به طور کلی، اندیشمندان اقتصادی در دو گروه موافقان و مخالفان خلق پول دسته‌بندی می‌شوند که در ادامه به اهم نتایج تحقیقات اقتصادی آن‌ها اشاره می‌کنیم:

۱-۲. دیدگاه موافقان

گروهی از صاحب‌نظران بر وجوهی از خلق پول تمرکز نموده‌اند که از نظر آن‌ها، فواید خلق پول محسوب شده و در کنار آسیب‌های آن می‌تواند مدّ نظر قرار گیرد. موافقان این پدیده معتقدند که خلق اعتبار به وسیله بانک‌های تجاری، تأثیر مثبت بر امکان‌پذیر ساختن خلق ارزش (تولید) و در نهایت رشد اقتصادی دارد. شومپتر یکی از برجسته‌ترین نظریه‌پردازان این دیدگاه است. وی در کنار اینکه بر نقش کارآفرینی و نوآوری در توسعه اقتصادی تأکید دارد، توجهی خاص به مقوله اعتبار و نقش بانک‌ها در این زمینه دارد. او بدین سبب بر اعتبار تأکید خاص دارد که فعل کارآفرین و نوآوری آن را نمی‌توان از دسترسی به اعتبار تفکیک کرد؛ چرا که کارآفرینان لزوماً سرمایه مورد نیاز برای کارآفرینی را در دسترس ندارند و عمدتاً این سرمایه را از طریق

اعتباراتی که بانک‌ها خلق می‌کنند، به دست می‌آورند. سازوکارهای اعتباری زمانی بیشترین اهمیت را می‌یابند که استفاده از اعتبار به سمت تولید کالاهای جدید سوق پیدا کند. با توجه به اینکه دسترسی به منابع مالی و اعتباری برای تولید ضروری است، خلق اعتبار به واسطه بانک می‌تواند سبب کاهش اتکای کارآفرین به ثروت شخصی شود و این خود عاملی جهت ارتقای توان تولید و کارآفرینی است. برخی دیگر از طرفداران خلق اعتبار، در عین حال که تأثیرات منفی آن بر اقتصاد را یادآور می‌شوند، بر این باورند که خلق اعتبارات بانکی، بزرگ‌ترین توان موجود در اقتصاد امروز است که به نظام اقتصادی، پویایی و انطباق‌پذیری می‌دهد. لذا این گروه معتقدند که منتفی شدن امکان خلق پول، ملازم با بیرون راندن قوه حیات از روح اقتصادهای حاکم است (ر.ک: سبحانی و درودیان، ۱۳۹۵: ۳۷-۳۸).

۲-۲. دیدگاه مخالفان

از نگاه مخالفان، این پدیده بانکی عوارض و آفات زیادی برای اقتصاد جوامع دارد. یکی از عوارض این است که خلق اعتبار موجب افزایش تمایلات تورمی و حباب دارایی می‌شود. از زمانی که پول جدید خلق شده است، این اعتبارات بر روی دارایی‌هایی مانند املاک و سهام صرف شده و در نتیجه قیمت‌ها افزایش می‌یابند. در مقابل، وقتی که بازپرداخت وام‌ها اتفاق می‌افتد، خریداران در بازار ناپیدا می‌شوند و قیمت‌ها شروع به ریزش می‌کنند. در واقع از آنجا که ایجاد پول، هیچ منبع جدیدی را به وجود نمی‌آورد، نتیجه قهری آن، تورم افسارگسیخته است.

افزون بر این، خلق اعتبار، از عوامل ایجاد بی‌ثباتی اقتصادی است. بانکداری ذخیره جزئی، ذاتاً بی‌ثبات و مخاطره‌انگیز است؛ زیرا بانک ممکن است با خروج یکجای درصد معناداری از سپرده‌ها یا نکول وسیع تسهیلات اعطایی مواجه شود. سپرده‌ها در حالی به عنوان پول رایج، فاقد ریسک و تضمین شده است که تسهیلات اعطایی در معرض ریسک نکول قرار دارد. این ریسک دائمی در کنار قابلیت تسری بحران از یک بانک به کل نظام، بانکداری را مستعد شکنندگی می‌سازد (ر.ک: همان: ۳۵).

مشکل دیگری که خلق اعتبار، موجب آن می‌گردد، افزایش نابرابری و نقض عدالت

است. مطابق عدالت، ارزش منابع رایج باید میان همه شهروندان به اشتراک گذارده شود و نباید به نهادهای خصوصی واگذار شود. این بدان معناست که ارزش پولی که به وسیله فعالیت‌ها و تقاضای بزرگ جامعه یا فرایندهای طبیعت ایجاد می‌شود، باید یک منبع عمومی باشد؛ در حالی که پول خلق شده در نظام بانکی، چنین امری را محقق نساخته و اجازه دادن به بانک که از هیچ به خلق اعتبار بپردازد، سود بسیاری را به خزانه آن‌ها می‌رساند. بانک‌ها امروزه بی‌آنکه خود بهره‌ای بپردازند، پول را خلق نموده و با بهره بسیار بالا به مشتریان وام می‌دهند (صمصامی و کیانپور، ۱۳۹۴: ۱۱۴). از سویی به جهت فقدان سنخیت میان دارایی و بدهی بانک‌ها از حیث ریسک، نقدشوندگی و دوره زمانی، آن‌ها را به سوی وابستگی به دولت و تحت حمایت دولت قرار گرفتن سوق می‌دهد. دولت‌ها نیز چون بیم دارند که در صورت عدم حمایت از بانک‌ها، بحران‌های بانکی بروز نمایند، به ابزارهای حمایتی تمسک می‌جویند و تمهیداتی مانند تضمین سپرده و امکان دسترسی به ذخایر را برای بانک‌ها ممکن می‌سازند و این بدین معناست که بانک‌ها به اتکای حمایت دولت به خلق پول می‌پردازند. پس بانک‌ها در راستای سودجویی و نفع خصوصی، مشمول حمایت دولت قرار می‌گیرند و ریسک خود را عمدتاً به صورت غیر مستقیم بر گردن شهروندان بار می‌کنند. باید در نظر داشت که جنبه دیگر نابرابری در خلق اعتبار، رتبه‌بندی‌های اعتباری است که امروزه در برخورداری از تسهیلات بانکی تأثیر به‌سزایی دارد؛ زیرا بانک‌ها برای اعطای تسهیلات، به رتبه اعتباری وام‌گیرنده توجهی ویژه دارند که این خود تابعی از ثروت و دارایی متقاضی وام است. نتیجه این امر، دسترسی هر چه بیشتر ثروتمندان به اعتبار و قابلیت بیشتر آنان برای بهره‌گیری از فرصت‌های سودآور است. پس خلق پول موجب ثروتمندتر شدن اغنیا و فقیرتر شدن سایر اقشار جامعه است (سبحانی و درودیان، ۱۳۹۵: ۳۶). در حقیقت در نظام پولی کنونی، پول‌های خلق شده به نفع اقتصادهای قوی است و با تبعیض علیه شرکت‌های کوچک و افراد فقیر، به وام‌گیرندگان بزرگ‌تر پرداخت می‌شود. در نتیجه، صنعت نیز آسیب خواهد دید و فکر تولید از سر بسیاری از صنعتگران خرده‌پا بیرون رانده می‌شود (صمصامی و کیانپور، ۱۳۹۴: ۱۱۵).

۳. بررسی حکم فقهی خلق پول

پس از آنکه با پدیده خلق پول از نظر ماهوی آشنا شدیم و ماهیت آن را تا حدی شناختیم، نوبت به آن می‌رسد که مقتضای منابع فقه را نسبت به این پدیده بررسی نماییم. در منابع شرعی، ادله‌ای وجود دارد که حکم فقهی خلق اعتبار را به خوبی تبیین می‌کند. در ادامه به استدلال بر حکم شرعی این پدیده می‌پردازیم.

۳-۱. قاعده «اکل مال به باطل»

قاعده «اکل مال به باطل»، یکی از مستندات فقهی است که می‌تواند در شناخت حکم فقهی خلق پول رهگشا باشد. این قاعده در ادبیات حقوقی تحت عنوان «دارا شدن غیر عادلانه» و یا «استفاده بلاجهت» مطرح شده است (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۵۴۶). مستند اصلی این قاعده، آیه ۲۹ سوره مبارکه نساء است: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾.

نخست به تفسیر مفردات آیه می‌پردازیم و سپس به مفاد آن اشاره می‌کنیم:

الف) مراد از «لا تاکلوا»

در رابطه با اینکه نهی در این آیه و نیز اکل چه مفهومی دارد، سخنانی ابراز شده که اهم آن‌ها در ادامه می‌آید:

۱- برخی مفسران معتقدند که در این آیه، خصوص اکل مدنظر نبوده و هرگونه تصرفی را که بر وجه باطل واقع شود، شامل می‌شود و اگر به خصوص سخن از اکل به میان آمده، به این دلیل است که بزرگ‌ترین مقصود از اموال، اکل آن است (فخرالدین رازی، ۱۴۰۱: ۷۱/۱۰؛ خازن بغدادی، ۱۴۲۵: ۳۶۶/۱).

۲- در دیدگاهی دیگر چنین ابراز شده است که اکل به معنای بلعیدن و خوردن نیست؛ بلکه مراد تملک مال است که کنایتاً از آن تعبیر به اکل شده است. لذا معنا چنین است که تملک مال مردم با هر سببی از اسباب، حرام و غیر جایز است؛ مگر آنکه تملک به سببی که عبارت است از تجارت از روی تراضی، صورت گیرد که در این صورت حلال و جایز است (موسوی خویی، ۱۳۷۳: ۳۲/۶). بر اساس این تفسیر، اکل به معنای

تملك و نهی به معنای حرمت و بطلان هر دو است؛ یعنی نهی هم دلالت بر حکم وضعی دارد و هم بر حکم تکلیفی. محقق ابروانی نیز همین نظر را برگزیده، می‌نویسد: «فیکون مفاد الآیة حرمة الأكل بالأسباب الباطلة الغير المؤثرة فی النقل، فكأن الآیة للإرشاد» (ابروانی نجفی، ۱۴۰۶: ۲۶/۱).

البته طبق این بیان، نهی دلالت بر حرمت تکلیفی دارد و چون باطل به معنای اسباب غیر مؤثر است، حرمت وضعی نیز از آن قابل استفاده است و این تفاوت بیان این محقق با بیان محقق خوبی است. به هر ترتیب ظهور عرفی آیه، این رویکرد را تأیید می‌کند و آنچه از این آیه فهم می‌شود این است که تملك و تصرف اموال دیگران بدون اینکه تراضی در میان باشد، هم حرام است و هم باطل؛ یعنی اگر مطلق تصرفات مدنظر باشد، شامل تصرفات مادی و حقوقی می‌گردد؛ زیرا تصرف گاهی مادی است مانند استعمال مال دیگری، و گاهی حقوقی است مانند اینکه با اجبار و بدون رضایت کسی مال او را تملك کرد. در حالت اول، تصرف فقط حرام است و در حالت دوم، هم حرام است و هم باطل. حال اگر مراد صرفاً تملك باشد، تملك نیز می‌تواند در اثر اسبابی چون غصب یا اعمال حقوقی باشد که در حالت اول فقط حرام و در حالت اخیر، هم حرام و هم باطل خواهد بود.

ب) مراد از مال

مال مفهوم روشنی دارد و تفسیر آن در واقع، توضیح و اوضحات است. لکن به صورت خلاصه باید گفت مال به هر چیزی اطلاق می‌شود که عقلاً بدان رغبت داشته و برای آن ارزش مادی قائل‌اند (قبیری، ۱۴۱۸: ۲۸۳). در این معنا، مال می‌تواند شامل اعیان و منافع هر دو باشد؛ زیرا هم عین و هم منفعت نزد عقلاً ارزش مادی داشته و در ازای آن عوضی پرداخت می‌شود.

ج) مراد از باطل

مفهوم باطل در آیه از مواردی است که اختلاف نظر بسیاری در آن وجود دارد. در نگاه بعضی باطل به معنای اسباب باطل و در نگاه دیگران به مفهوم عوض باطل است و در هر دو صورت، باطل می‌تواند به باطل عرفی تفسیر شود یا باطل شرعی. چنانچه

باطل به معنای عوض باطل باشد، می‌توان از آیه در جایی که نفس عقد مشکلی ندارد، ولی عوضین مشکل دارند، از مستثمانه بهره گرفته و معامله را باطل دانست (ر.ک: انصاری، ۱۴۳۱: ۷۱/۱).

به هر ترتیب در مورد اینکه باطل به چه معناست، چند نظر ارائه شده است:

- ۱- مراد از باطل در این آیه، باطل شرعی است (اردبیلی، بی‌تا: ۴۲۷؛ ابن جوزی، ۱۴۰۴: ۶۰/۲؛ ابن کثیر دمشقی، ۱۴۱۹: ۲۳۴/۲؛ طبری، ۱۴۲۲: ۶۲۶/۶؛ ثعلبی، ۱۴۳۶: ۲۳۹/۱۰).
 - ۲- گروهی از مفسران، معنای باطل را «بغیر حق» بیان کرده‌اند (قرطبی، ۱۴۲۷: ۲۴۷/۶). از مثال‌هایی که این مفسر ذکر کرده است، چنین برمی‌آید که مراد وی، اعم از باطل شرعی و عرفی است (ر.ک: همان: ۲۲۳/۳).
 - ۳- نظر دیگر این است که مراد از باطل، باطل عرفی و عقلایی است (انصاری، ۱۴۱۵: ۵۵/۳؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۱۰۱/۱).
 - ۴- دیگران معتقدند که مراد از باطل، باطل واقعی است؛ زیرا الفاظ برای مفاهیم واقعیه وضع شده‌اند (موسوی خویی، ۱۳۷۳: ۱۴۱/۲).
 - ۵- نهایتاً باید از دیدگاه برخی متقدمان مانند ابن عباس و حسن بصری یاد کرد که معنای باطل را «بدون عوض» دانسته‌اند؛ یعنی باطل در آیه به این معناست که انسان مالی را از دیگری بگیرد، بدون اینکه عوض آن را پردازد (فخرالدین رازی، ۱۴۰۱: ۷۱/۱۰). به نظر می‌رسد این برداشت از آیه، ناظر به قرینه مقابله است؛ زیرا باطل در مقابل «تجارة عن تراض» قرار داده شده است که به معنای معاوضه است که از دو طرف عوض پرداخت می‌شود.
- به هر حال به نظر می‌رسد با توجه به اینکه مرجع در تعیین مفاهیم عرف است، نظریه عرفی بودن باطل قابل قبول باشد. البته باطل شرعی نیز قطعاً مشمول آیه شریفه است و آنچه بیان گردید، علاوه بر باطل شرعی است؛ زیرا قطعاً وقتی اکل مال در برابر آنچه از نظر عرف باطل است، اکل مال بالباطل است، اکل مال در برابر باطل شرعی، به طریق اولی اکل مال بالباطل است. بنابراین اکتساب مال از طریق دزدی و غارت و سرقت و قمار و مانند آن‌ها، اکل مال بالباطل است (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۱۹۹/۱).
- پس از تفسیر مفردات آیه شریفه می‌توان چنین گفت که بر اساس این آیه، تصرف

در اموال دیگران و تملک آن‌ها باید بر اساس تراضی و بر مبنای حق صورت پذیرد. لذا هر گونه تصرف و تملکی که این قیود را نداشته باشد، ممنوع بوده و از نظر شرع پذیرفته نیست. لذا تحصیل مال از طرق نامشروع و با بهره‌گیری از طرق غیر شرعی ممنوع، باطل و حرام است. فقها نیز در موارد بسیاری، برای حرمت برخی تصرفات و تملکات به این آیه شریفه استناد کرده‌اند؛ برای مثال در مورد حرمت رشوه، فقها آن را مصداقی از اکل مال به باطل دانسته‌اند؛ زیرا در قبال اخذ مال، کار حرامی انجام می‌گیرد. به تعبیر دیگر، اخذ مال در قبال امری باطل و ممنوع صورت می‌گیرد و به همین جهت نیز مصداق اکل مال به باطل است (انصاری، ۱۴۳۱: ۲۴۷/۱). نمونه دیگر، اخذ ثمن در ازای کنیز آوازخوان و یا هر عینی است که از آن، صفت حرامش قصد شده است (موسوی قزوینی، ۱۴۲۴: ۱۶۵/۲). اجاره محل یا کشتی برای مقاصد حرام نیز همین حکم را دارد و از مصادیق اکل مال به باطل برشمرده شده است (همان: ۱۶۶/۲). در مورد دریافت عوض در برابر آنچه که منفعت محلله مقصوده ندارد هم به همین قاعده استناد شده است؛ زیرا در برابر مالی که پرداخت شده است، چیزی که قابلیت تملک داشته باشد، تملیک نشده است (شیرازی، ۱۴۱۲: ۱۰/۱).

در نهایت باید این قاعده را بر مسئله خلق پول تطبیق کرد؛ به نظر، تردیدی نباید باشد که بانک‌ها وقتی به مردم وام می‌دهند، بی‌آنکه از دارایی‌شان کاسته شود، چیزی را به مردم قرض می‌دهند. در حالی که در عملیات قرض، روشن است که مقرض مالی از اموال خویش را به مقترض تملیک می‌کند که در نتیجه از دارایی‌های بالفعل وی کاسته می‌شود و به همین جهت نیز به همان میزان بر ذمه مقترض قرار می‌گیرد که در زمانی مشخص باید به مقرض پس بدهد. لکن همان‌طور که تفصیل آن گذشت، بانک بدون اینکه از دارایی خود خرج نماید، قدرت خریدی به وام‌گیرنده اعطا می‌کند و در مقابل از وی اموالی حقیقی را پس می‌گیرد. بنابراین بانک با خلق پول، اقدام به اکل مال در مقابل هیچ می‌کند؛ یعنی بی‌آنکه واقعاً مالی را بدهد، مال مردم را تملک می‌کند و این یقیناً از اظهار مصادیق اکل مال بالباطل است.

درست است که وام‌گیرندگان برای رفع نیازهای خود و خرید کالا و سایر مایحتاج خویش از همین تسهیلات بهره می‌گیرند، لکن این بدان معنا نیست که این تسهیلات

واقعاً مالیت دارند و بانک یک مال واقعی را در اختیار وام‌گیرنده قرار داده است و در نتیجه اکل مال به باطل صورت پذیرفته است. برای اینکه این امر ملموس‌تر گردد، از تشبیهی که موریس اله (برنده جایز نوبل اقتصاد در سال ۱۹۸۸) دارد، کمک می‌گیریم؛ چنانچه کسی ماهرانه اقدام به جعل اسکناس کرده و به دیگری قرض دهد، مقتضی با این اسکناس‌های جعلی ممکن است بتواند مایحتاج خویش را تهیه کند و حتی آن‌ها را در بانک به عنوان سپرده، پس‌انداز نماید، لکن این، موجب نمی‌شود که این اسکناس‌ها حقیقتاً مالیت پیدا کنند و واقعاً پول تلقی شوند. مقتضی برای آنکه بدهی خود را بپردازد، امکان جعل اسکناس را ندارد و نمی‌تواند همان‌طور که مقرض جعل اسکناس نموده، اقدام متقابل کرده و به این صورت بدهی خود را بپردازد؛ بلکه ناچار است کار و تلاش کند و با کاری که واقعاً و حقیقتاً مالیت دارد، ذمه‌اش را از قرض بری سازد. در تسهیلات بانک نیز اتفاق مشابهی رخ می‌دهد؛ زیرا مشتری بانک با اعتبار خلق‌شده به رفع نیازهای خود مبادرت کرده و مایحتاج خود را تهیه می‌کند، در حالی که نمی‌داند این اعتبار صرفاً به واسطه عملیات ترازنامه‌ای به حسابش واریز گردیده است. در واقع در خلق اعتبار، بانک - با مسامحه در تعبیر- هیچ را خلق می‌کند و مشتری بانک در مقابل برای بازپرداخت وام، امکان خلق پول مانند بانک را ندارد؛ بلکه باید امری را که واقعاً مالیت دارد، در اختیار بانک قرار دهد (ر.ک: حسینی دولت‌آبادی، ۱۳۹۴: ۷۱).

در خصوص تفاوت خلق پول توسط بانک مرکزی و بانک تجاری از این جهت باید افزود که خلق پول یا به عبارت دیگر خلق بدهی از سوی بانک مرکزی همواره باید با افزایش برابر در دارایی‌های ترازنامه بانک مرکزی باشد؛ برای مثال در چارچوب اجرای عملیات بازار باز در نظام پولی متعارف، در شرایطی که بانک مرکزی اوراق بهادار می‌خرد، به همان میزان پول پرقدرت یا ذخایر در اقتصاد خلق می‌گردد. به همین ترتیب، کاهش بدهی‌های بانک مرکزی، با کاهش دارایی‌های بانک مرکزی همراه است. در شرایطی که بانک مرکزی به دنبال یک سیاست انقباضی پولی است، فروش اوراق بهادار باعث کاهش مانده پول پرقدرت، و به عبارت دیگر از بین رفتن پول در اقتصاد به میزان ارزش اسمی اوراق بهادار فروخته‌شده خواهد شد.

۲-۳. قاعده منع سوءاستفاده از حق (لاضرر)

یکی دیگر از مبانی فقهی که در خصوص خلق پول می‌تواند مستند قرار گیرد، قاعده لاضرر است (البته با تبیینی که از آن خواهیم داشت). نخست، نظریات فقها در تفسیر قاعده لاضرر را به اختصار توضیح داده و سپس تفسیری از قاعده لاضرر مبتنی بر ادله این قاعده ارائه می‌نماییم که مستند مسئله خلق اعتبار قرار می‌گیرد. در توضیح قاعده لاضرر به اجمال باید گفت که عمدتاً چهار دیدگاه در تفسیر قاعده لاضرر به شرح زیر وجود دارد:

الف) نهی از ایراد ضرر

نظر برخی فقها این است که مفاد قاعده لاضرر، نهی از ایقاع و ایراد ضرر است. براین اساس، جمله «لا ضرر ولا ضرار»، یک جمله خبری است که در مقام انشاء استعمال شده است. به تعبیر دیگر، این جمله در مقام اخبار از عدم تحقق ضرر است که حکایت از مبعوضیت آن نزد شارع دارد (ر.ک: شیخ‌الشریعه اصفهانی، ۱۴۱۰: ۲۴).

شیخ‌الشریعه معتقد است که در کتاب و سنت، نظایر و اشباه این مورد زیاد وجود دارد که کلمه «لا» به معنای نهی استعمال شده است؛ مانند: ﴿فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ﴾ (بقره/۱۹۷)، که به معنای نهی از بدکاری و آمیزش با زنان و ستیزه‌جویی در حج است.

ب) نفی حکم ضرری

نظر شیخ انصاری به طور خلاصه این است که چون ضرر واقعاً در خارج وجود دارد، بنابراین لازم می‌آید که «لا» در جمله «لا ضرر ولا ضرار»، «لا»ی نفی جنس حقیقی نباشد. پس باید جمله را این طور تعبیر کنیم که: «لا ضرر... فی الإسلام» یعنی «لا حکم ضرریاً فی الإسلام»؛ بدین معنا که واژه «حکم» را در تقدیر گرفته و بگوییم منظور رسول الله ﷺ این است که حکم ضرری در دین اسلام نیست. به عبارت دیگر، هر حکمی که از ناحیه شارع صادر گردد، اگر مستلزم ضرر باشد یا از اجرای آن ضرری برای مردم حاصل شود، طبق قاعده لاضرر برداشته می‌شود؛ مثلاً وجوب وضو از کسی که آب برایش ضرر داشته باشد، به موجب قاعده لاضرر برداشته می‌شود یا در معامله غبنی، یعنی معامله‌ای که یکی از متعاملین مغبون می‌گردد، اگر بیع لازم باشد،

حکم لزوم باعث ضرر بر مغبون است که در اینجا طبق قاعده لاضرر، حکم لزوم به منظور جلوگیری از ورود خسارت به مغبون برداشته می‌شود و در حالی که معامله به قوت خود باقی است، شخص مغبون خیار فسخ خواهد داشت.

در حقیقت در دیدگاه شیخ انصاری، «لا» در حدیث لاضرر، «لا»ی نفی جنس است؛ لکن آنچه مدخول آن است، مورد نفی نبوده، بلکه کلمه «حکم» که در تقدیر است، حقیقتاً نفی شده است (ر.ک: انصاری، ۱۴۱۶: ۵۳۴-۵۳۶).

ج) نفی حکم به لسان نفی موضوع

به نظر آخوند خراسانی در قاعده لاضرر، نفی حکم به لسان نفی موضوع شده است که نظایر آن در کتاب و سنت بسیار است؛ یعنی شارع با بیان اینکه ضرر (یعنی موضوع ضرری) وجود ندارد، در نهایت حکم موضوعات ضرری را برداشته است؛ زیرا وقتی موضوع منتفی شد، حکم نیز منتفی می‌گردد. این دقیقاً مانند آن چیزی است که در مورد کثیرالشک آمده است: «لا شك لكثير الشك»؛ یعنی کثیرالشک، شک ندارد، بنابراین موضوع که شک باشد، منتفی شده و در نتیجه حکم شک نیز بر آن بار نمی‌شود. طبق حدیث لاضرر نیز موضوعاتی که احکامی برای آن‌ها وجود دارد، چنانچه ضرری باشند، منتفی می‌شوند و در نتیجه حکم آن‌ها نیز منتفی خواهد بود؛ مثلاً وقتی می‌گوییم وضو واجب است، در اینجا «وضو» موضوع، و «وجوب» حکم است، یا وقتی گفته می‌شود بیع لازم است، «بیع» موضوع، و «لزوم» حکم است. آخوند خراسانی بر این باور است که حکم وجوب و لزوم بر وضو و بیع در حالت عادی جعل شده‌اند، بنابراین در صورتی که این موضوعات ضرری باشند، حکم آن‌ها برداشته می‌شود؛ مثلاً اگر بیع باعث ضرر گردد، حکمش که لزوم است، برداشته می‌شود و اگر وضو موجب ضرر گردد، حکمش که وجوب است، برداشته می‌شود. بنابراین در کلام پیامبر، نفی حکم شده است به لسان نفی موضوع (ر.ک: آخوند خراسانی، ۱۴۰۹: ۳۸).

فرق بین نظریه شیخ انصاری و آخوند خراسانی این است که در نظریه آخوند خراسانی آنچه برداشته شده است، متعلق حکم و به عبارت دیگر، خود موضوع است، هرچند به انگیزه نفی حکم؛ ولی در نظریه شیخ انصاری، حکم مستقیماً برداشته می‌شود.

د) نفی ضرر غیر متدارک

دیدگاه دیگری که در خصوص قاعده لاضرر ابراز شده، این است که مقصود از این جمله آن است که ضرر غیر متدارک یعنی ضرر جبران نشده در شرع اسلام وجود ندارد. لذا استعمال «لا» در جمله «لا ضرر ولا ضرار» در معنای اصلی است، با این قید که مقصود از ضرر، ضرر غیر متدارک است؛ یعنی ضرر غیر متدارک در اسلام وجود ندارد. پس در این جمله، با حذف یا تقدیر روبه‌رو هستیم و آنچه در تقدیر است، کلمه «غیر متدارک» است که پس از «ضرر» قرار می‌گیرد. محقق نراقی که این دیدگاه را ارائه کرده، معتقد است که شارع مقدس با این حکم، افراد را ملزم به جبران ضرر کرده است؛ یعنی هر کس که موجب ضرر و زیانی نسبت به غیر بشود، باید آن را جبران و تدارک کند و در نظر شارع موردی نیست که کسی به دیگری ضرر برساند و ملزم به جبران آن نباشد و به تعبیری، ضرر تدارک نشده یا غیر متدارک که ترتیب جبران آن داده نشود، در اسلام وجود ندارد (ر.ک: طباطبایی حکیم، ۱۴۰۸: ۳۷۷/۲).

در تشریح این نظر گفته‌اند از آنجا که شارع مقدس، ضرر غیر متدارک را جایز نمی‌داند، در حقیقت در عالم تشریح، ضرر غیر متدارک را نفی کرده و آن را به منزله معدوم به حساب آورده است. بنا بر نظریه محقق نراقی، اضرار به غیر یکی از اسباب ضمان و مسئولیت مدنی است؛ همانند اتلاف، تسبیب، غصب، و غرور (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۱۴۶/۱).

این خلاصه‌ای از نظریات مطروحه در تفسیر قاعده لاضرر است که برای بررسی تفصیلی، خوانندگان را به کتب قواعد فقه ارجاع می‌دهیم. لکن باید دانست که فارغ از همه این تفاسیر، ادله قاعده لاضرر و قضیه‌ای که این حدیث شریف در مورد آن از لسان رسول خدا ﷺ صادر شده است، قدر متیقن دالّ بر منع «سوءاستفاده از حق» است. به بیان دیگر، فارغ از اینکه کدام یک از دیدگاه‌های مذکور می‌تواند از ادله لاضرر استفاده شود، این مقدار قطعی است که ادله قاعده لاضرر، حداقل چیزی که بر آن دلالت دارد، قاعده‌ای است که در ادبیات حقوقی، از آن به قاعده منع سوءاستفاده از حق تعبیر می‌شود. این قاعده در قانون اساسی و قانون مدنی نیز انعکاس یافته است. در اصل چهلم قانون اساسی می‌خوانیم:

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

۲۱۳

ماده ۱۳۲ قانون مدنی نیز مقرر داشته است:

«کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضییع همسایه شود، مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد».

به هر ترتیب، مفاد این قاعده آن است که هیچ کس نمی‌تواند در مقام استفاده از حق خود، به دیگری ضرری وارد سازد. به تعبیر دیگر، استفاده از حق به صورت مطلق جایز نبوده و هیچ کس نباید از حق خود به گونه‌ای بهره‌برد که موجب تضییع دیگران شود. نمونه آن نیز مثالی است که در ماده ۱۳۲ قانون مدنی گذشت. باید توجه داشت که در این ماده، حق مالکیت ذکر شده است و لکن قاعده منع سوءاستفاده از حق، منحصر در حق مالکیت نیست و سوءاستفاده از هر گونه حقی را ممنوع می‌سازد؛ مثلاً ولیّ دختر نمی‌تواند حق ولایت خود را دستاویزی برای اضرار به دختر خود قرار داده و او را به تزویج کسی دریاورد که مصلحت وی در آن نیست. به هر ترتیب، مروری گذرا بر روایات قاعده لاضرر، نشانگر آن است که قاعده لاضرر، دلالت بر منع سوءاستفاده از حق دارد. در یکی از روایاتی که مستند قاعده لاضرر قرار گرفته است، چنین می‌خوانیم:

«إِنَّ سَمْرَةَ بِنَ جُنْدَبٍ كَانَتْ لَهُ عِدْقٌ فِي حَائِطٍ لِرَجُلٍ مِنَ الْأَنْصَارِ وَكَانَ مَنْزِلَ الْأَنْصَارِيِّ بِيَابِ الْبُسْتَانِ وَكَانَ يَمُرُّ بِهِ إِلَى نَحْلِهِ وَلَا يَسْتَأْذِنُ. فَكَلَّمَهُ الْأَنْصَارِيُّ أَنْ يَسْتَأْذِنَ إِذَا جَاءَ. فَأَبَى سَمْرَةٌ. فَلَمَّا تَأَبَّى، جَاءَ الْأَنْصَارِيُّ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ فَشَكَا إِلَيْهِ وَخَبَرَهُ الْخَبَرِ. فَأَرْسَلَ إِلَيْهِ رَسُولُ اللَّهِ وَخَبَرَهُ بِقَوْلِ الْأَنْصَارِيِّ وَمَا شَكَا وَقَالَ: إِنْ أُرِدْتَ الدُّخُولَ، فَاسْتَأْذِنْ. فَأَبَى، فَلَمَّا أَتَى، سَأَوْتُهُ حَتَّى بَلَغَ بِهِ مِنَ الثَّمَنِ مَا شَاءَ اللَّهُ. فَأَبَى أَنْ يَبِيعَ. فَقَالَ: لَكَ بِهَا عِدْقٌ يُمَدُّ لَكَ فِي الْجَنَّةِ. فَأَبَى أَنْ يَقْبَلَ. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِلْأَنْصَارِيِّ: اذْهَبْ فَاقْلَعْهَا وَأَزِمْ بِهَا إِلَيْهِ، فَإِنَّهُ لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» (کلینی، ۱۴۰۷: ۲۹۲/۵-۲۹۳).

طبق این روایت، سمرة بن جندب در باغ مردی از انصار نخلی داشت و منزل انصاری نیز در ابتدای راه ورودی به باغ بود و سمرة هر روز بدون اجازه گرفتن از انصاری، پای به منزل او می‌گذاشت تا به باغ رفته و به نخل خود سر بزند. انصاری از او خواست که اجازه بگیرد و سپس وارد باغ شود. ولی سمرة امتناع کرد تا آنکه انصاری نزد پیامبر

روایت
۲
۱
۳
۴
۵

رفت و از سمره شکایت نمود. پیامبر نیز به سمره، پیشنهاد فروش نخل را با قیمتی بسیار زیاد داد؛ ولی سمره باز هم امتناع ورزید تا آنکه در نهایت، رسول خدا ﷺ به مرد انصاری فرمود که نخل او را کنده و نزد او بیندازد.

این روایت به وضوح دلالت دارد که سوءاستفاده از حق ممنوع است؛ زیرا سمره حق خود را دستاویزی برای اضرار به مرد انصاری قرار داده بود. در حقیقت سمره که حق سر زدن به نخل خویش در باغ مرد انصاری را داشت، از این حق سوءاستفاده کرده و مایه ضرر به انصاری شده بود؛ چرا که بدون اجازه گرفتن وارد ملک او شده و موجب اذیت و آزار خانواده او شده بود، گرچه در این روایات، ضرر از نوع ضرر معنوی است؛ زیرا سمره آسایش و آرامش خانواده انصاری را تحت الشعاع قرار داده بود و به هر ترتیب، این روایت صراحت در ممنوعیت سوءاستفاده از حق دارد. البته ادله قاعده منع سوءاستفاده از حق منحصر در قاعده لاضرر نیست. افزون بر آن از روایات وصیت نیز برمی آید که غیر نافذ بودن وصیت نسبت به مازاد بر ثلث اموال و وابسته بودن نفوذ آن به اجازه ورثه نیز به سبب همین قاعده منع سوءاستفاده از حق است (ر.ک: حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۹/۲۶۷-۲۶۸). برای توضیح بیشتر باید گفت یکی از حقوق انسان در فقه اسلامی، وصیت نسبت به اموال برای پس از مرگ است. این حق مطلق نبوده و صاحب آن نمی‌تواند اعمال آن را وسیله‌ای برای اضرار به ورثه خویش قرار دهد. در صورتی که موصی، همه اموال خویش را وصیت نماید، در حقیقت در حق ورثه اجحاف کرده است و به همین جهت نیز شارع، این حق را محدود ساخته و نفوذ وصیت نسبت به مازاد بر ثلث را که از مصادیق سوءاستفاده از حق است، منوط به اجازه وارثان نموده است. به هر روی، این روایات نیز دلالت روشنی بر ممنوعیت سوءاستفاده از حق در فقه اسلامی دارند.

اینک نوبت به تطبیق این قاعده بر خلق پول و اعتبار به وسیله بانک‌ها می‌رسد. برای توضیح باید گفت که بانک‌ها حق دارند به مشتریان خود وام دهند و این حقی است که قانون و شرع برای آن در نظر گرفته‌اند. لکن بانک‌ها این حق را دستاویزی برای سوداگری خود و اضرار به کل جامعه قرار داده‌اند. چنان که پیش از این بیان شد، خلق اعتبار آثار بسیار مخربی برای اقتصاد داشته و در نهایت، این جامعه و شهروندان

هستند که متضرر خواهند شد. برای نمونه، خلق پول از هیچ، موجب تورم افسارگسیخته است که بیشترین ضرر در این میان، سهم اقشار ضعیف و آسیب‌پذیر از حیث درآمد خواهد شد. بانک در فرایند خلق پول، بدون هیچ هزینه‌ای اقدام به خلق پول از هیچ می‌نماید و آن را به مشتریان خود وام می‌دهد؛ لذا بانک که یک نهاد اقتصادی است و حق دارد به مشتریان خود وام دهد، از این حق خود به بدترین نحو بهره برده و با خلق پول، موجب تضرر شهروندان و اقشار ضعیف اقتصادی می‌شود. پس این اقدام بانک‌ها مصداق تامی برای سوءاستفاده از حق قلمداد می‌شود؛ زیرا حق وام دادن را که از لوازم یک نهاد اقتصادی مانند بانک است، مایه اضرار به جامعه قرار داده است. بانک برای اینکه بدون هیچ زحمت و کاری سود بسیار حاصل کند، اقدام به خلق پول کرده و سوءاستفاده از حق نموده است. سوءاستفاده از حق نیز بر اساس منابع دینی و ادله شرعی ممنوع است. در نتیجه، خلق پول شرعاً ممنوع است.

۳-۳. تنقیح مناظ از حرمت ربا

به نظر می‌رسد آنچه در روایات به عنوان ملاک حرمت ربا بیان گردیده است، در خلق پول بانک‌های تجاری به رویه فعلی نیز بی‌هیچ کم‌وکاستی یافت می‌شود. در یکی از روایاتی که بیانگر ملاک حرمت ریاست، چنین آمده است:

«عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سِنَانٍ أَنَّ أَبَا الْحَسَنِ عَلِيَّ بْنَ مُوسَى الرَّضَا عَلَيْهِ السَّلَامُ كَتَبَ إِلَيْهِ فِيمَا كَتَبَ مِنْ جَوَابِ مَسَائِلِهِ عِلَّةَ تَحْرِيمِ الرِّبَا إِنَّمَا نَهَى اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ لِمَا فِيهِ مِنْ فَسَادِ الْأَمْوَالِ، لِأَنَّ الْإِنْسَانَ إِذَا اشْتَرَى الدَّهْرَ بِالدَّهْمِ بِالذَّهْمَيْنِ كَانَ نَمَنُ الدَّهْمِ دِزْهَمًا وَنَمَنُ الْآخِرِ بَاطِلًا فَبِئْسَ الرِّبَا وَشَرَّأُوهُ وَكُسَّ عَلَى كُلِّ حَالٍ عَلَى الْمُشْتَرَى وَعَلَى الْبَائِعِ فَحَظَرَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى عَلَى الْعِبَادِ الرِّبَا لِعِلَّةِ فَسَادِ الْأَمْوَالِ» (صدوق، ۱۳۸۶: ۴۸۳/۲).

طبق این روایت، علت تحریم ربا آن است که مقدار اضافی که ربا را محقق می‌سازد، مابازائی ندارد. به تعبیر دیگر، ربا به این جهت حرام است که رباگیرنده بدون اینکه مابازائی داده باشد، مالی را مالک می‌شود و از هیچ برای خود مالی کسب می‌کند. در حقیقت در ربا، چه به صورت معاملی باشد و چه به صورت قرضی، مقداری از عوضی که داده می‌شود، در مقابل چیزی است که رباخوار به او داده است، اما مقدار اضافی در مقابل

چیزی قرار نگرفته است؛ یعنی چیزی که مالیت داشته باشد، وجود ندارد تا مقدار اضافی در مقابل آن قرار گیرد. لذا حتی اگر در مقابل مقدار اضافی که رباگیرنده به رباخوار می‌دهد، عمل و کار رباخوار قرار داشت، باز ربا محقق نمی‌شد. ولیکن بنا بر فرض، هیچ مالی (اعم از عین یا منفعت مانند کار انسان) در مقابل مقدار اضافی وجود ندارد، بنابراین کسب مال در برابر «هیچ» وقوع یافته و به همین جهت نیز ربا حرام گردیده است. پس می‌توان دریافت که ملاک و علت و فلسفه حرمت ربا همین است که انسان از هیچ، صاحب ثروت و مال شود و با تنقیح مناط می‌توان این حکم را به تمامی مواردی که ثروت از هیچ تولید شود، توسعه و تعمیم داد؛ یعنی دقیقاً اتفاقی که در خلق پول می‌افتد؛ زیرا در خلق پول نیز بانک به خلق اعتبار پرداخته و به واسطه هیچ، صاحب ثروت و اندوخته می‌شود. لذا این تنقیح مناط نیز اگر به آن قطع پیدا شود، می‌تواند دلیلی برای حرمت خلق پول تلقی شود. البته این نکته نفی نمی‌شود که ممکن است فرایند خلق پول در مواردی منطبق بر قانون بانکداری بدون ربا و خارج از محذور ربا صورت پذیرد؛ لکن بحث ما در رویه عمومی بانک‌های تجاری است که معمولاً بر اساس توضیحی که ذکر شد، خلق پول و اعتبار واقع می‌شود و از این جهت می‌تواند با تبیین روایی علت حرمت ربا، منطبق بر عنوان ربا گردد. به عبارت بهتر، فرایند خلق پول در بانک‌های تجاری معمولاً - و نه دائماً - بر اساس خلق اعتبار بدون پشتوانه و از هیچ تحقق می‌پذیرد و در این صورت، ادله حرمت ربا که علت تحریم آن را تبیین نموده، بر آن منطبق خواهد گشت.

افزودنی است که ممکن است این شبهه مطرح شود که این دلیل، به دلیل قبلی بازگشت دارد؛ زیرا این حدیث نیز در نهایت، فلسفه حرمت ربا را مالکیت در برابر هیچ که عبارت دیگری از اکل مال به باطل است، می‌داند و لذا این دلیل باید به دلیل قبلی ضمیمه گردد. لکن در پاسخ باید گفت که تعدد موضوعات، موجب تعدد احکام است و گرچه ممکن است که فلسفه و علت بسیاری از احکام واحد باشد، لکن احکام به دلیل تکثر در ناحیه موضوع، متکثر می‌شوند و علت واحد موجب نمی‌شود که دو موضوع یکی شوند و یک حکم هم وجود داشته باشد؛ مثلاً علت حرمت سرقت و غصب هر دو یکی است، ولی این وحدت در علت سبب نشده است که غصب و سرقت یک موضوع تلقی شوند و یک حرمت برای هر دو در نظر گرفته شود. در اینجا

نیز گرچه ممکن است فلسفه و علت تحریم ربا و اکل مال به باطل یکی باشد، لکن این دو، دو موضوع هستند و هر کدام جداگانه موضوع حکم به حرمت قرار گرفته‌اند و به هیچ وجه فقها احکامی را که علت واحدی دارند، واحد به شمار نیاورده و متعدد می‌دانند. از این رو، خلق پول ممکن است از جهتی عنوان اکل مال به باطل را داشته باشد و از جهت دیگر عنوان ربا را. پس ربا و اکل مال به باطل، دو موضوع بوده و دو حکم دارند. با بررسی قبلی ما معلوم گشت که عنوان اکل مال به باطل می‌تواند به عنوان یک موضوع مستقل منطبق بر خلق پول باشد و با بررسی روایات ربا مشخص گردید که عنوان ربا نیز می‌تواند بر خلق پول منطبق شود. از سوی دیگر، حرمت ربا از نظر ادله شرعی بسیار بزرگ‌تر از اکل مال به باطل است و مجازات‌های سنگین‌تری برای آن در نظر گرفته شده است. از این رو، انطباق عنوان ربا بر یک امر، می‌تواند آن را گناه بزرگ‌تری از اکل مال به باطل نشان دهد؛ حتی اگر فلسفه هر دو حکم یکی باشد.

نتیجه‌گیری

خلق پول به واسطه بانک‌های تجاری، وسیله‌ای برای ثروت‌اندوزی این بانک‌ها شده است. این پدیده آثار بسیار مخربی بر اقتصاد دارد که از مهم‌ترین این آثار می‌توان به بی‌ثباتی اقتصادی، نقض عدالت و تورم افسارگسیخته اشاره کرد. از آنجا که این پدیده، یکی از مهم‌ترین اعمال بانکی به شمار آمده و مورد ابتلای اکثر شهروندان جامعه اسلامی است، حکم فقهی آن باید مورد پژوهش و بررسی قرار گیرد. با بررسی دقیق ماهیت این پدیده بانکی و نیز تبیین آثار آن بر اقتصاد جامعه می‌توان حکم فقهی آن را از منابع استخراج کرد. در این نوشتار به این نتیجه رسیدیم که خلق پول، مصداق اکل مال به باطل است که در آیات قرآن از آن نهی شده است. از سوی دیگر، قاعده منع سوءاستفاده از حق که قدر متیقن از قاعده لاضرر و ادله آن است نیز بر ممنوعیت این پدیده دلالت دارد. نهایتاً باید به ربا و ملاک حرمت آن از نگاه روایات اشاره کرد. بر اساس روایات، ربا به این جهت حرام شده است که موجب کسب ثروت از هیچ است و شخص از هیچ، صاحب ثروت می‌شود. این ملاک بعینه در خلق پول نیز وجود دارد و با تنقیح مناط قطعی می‌توان حرمت را به آن تعمیم داد.

کتاب‌شناسی

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، *کفایة الاصول*، قم، مؤسسة آل البيت (ع)، ۱۴۰۹ ق.
۲. ابن کثیر دمشقی، ابوالفداء اسماعیل بن عمر، *تفسیر القرآن العظیم*، بیروت، دار الکتب العلمیه، منشورات محمد علی بیضون، ۱۴۱۹ ق.
۳. اردبیلی، احمد بن محمد، *زیدة البیان فی احکام القرآن*، تهران، المکتبة الجعفریة لاحیاء الآثار الجعفریة، بی تا.
۴. انصاری، مرتضی بن محمدامین، *المکاسب*، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۳۱ ق.
۵. ایروانی نجفی، علی بن عبدالحسین، *حاشیة المکاسب*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۶. ثعلبی، ابواسحاق احمد بن محمد بن ابراهیم، *الکشف و البیان عن تفسیر القرآن*، جده، دار التفسیر، ۱۴۳۶ ق.
۷. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، قم، مؤسسة آل البيت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.
۸. حسینی دولت آبادی، مهدی، *ترتیبات خلق پول از منظر اقتصاد متعارف و اقتصاد اسلامی*، تهران، دانشکده اقتصاد دانشگاه تهران، ۱۳۹۴ ش.
۹. خازن بغدادی، علاءالدین علی بن محمد بن ابراهیم، *تفسیر الخازن المسمی لباب التأویل فی معانی التنزیل*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۲۵ ق.
۱۰. سبحانی، حسن، و حسین درودیان، «ارزیابی توجیه‌پذیری خلق پول به وسیله سیستم بانکی در نظام بانکداری اسلامی»، *فصلنامه اقتصاد اسلامی*، سال شانزدهم، شماره ۶۴، زمستان ۱۳۹۵ ش.
۱۱. شیخ الشریعه اصفهانی، فتح‌الله بن محمدجواد، *قاعدة لاضرر*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۱۲. شیرازی، میرزا محمدتقی، *حاشیة المکاسب*، قم، الشریف الرضی، ۱۴۱۲ ق.
۱۳. صدوق، ابوجعفر محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، *علل الشرائع*، قم، داوری، ۱۳۸۶ ق.
۱۴. صمصامی، حسین، و فرشته کیانپور، «بررسی امکان خلق پول توسط نظام بانکی در نظام مالی اسلامی»، *مجله معرفت اقتصاد اسلامی*، سال هفتم، شماره ۱ (پیاپی ۱۳)، پاییز و زمستان ۱۳۹۴ ش.
۱۵. طباطبایی حکیم، سیدمحسن، *مستمسک العروة الوثقی*، قم، دار التفسیر، ۱۴۱۶ ق.
۱۶. طبری، ابوجعفر محمد بن جریر، *تفسیر الطبری؛ جامع البیان عن تأویل آی القرآن*، قاهره، دار هجر، ۱۴۲۲ ق.
۱۷. عالی‌پناه، علیرضا، و محمدحسن تاج لنگرودی، «بررسی فقهی خلق پول به وسیله بانک‌های تجاری»، *پژوهش‌نامه میان‌رشته‌ای فقهی*، سال پنجم، شماره ۲ (پیاپی ۱۰)، بهار و تابستان ۱۳۹۶ ش.
۱۸. فخرالدین رازی، ابو عبدالله محمد بن عمر، *التفسیر الکبیر او مفاتیح الغیب*، بیروت، دار الفکر، ۱۴۰۱ ق.
۱۹. قدیری، محمدحسن، *البیع*، تقریرات درس بیع امام خمینی، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام، ۱۴۱۸ ق.
۲۰. قرطبی، ابو عبدالله محمد بن احمد بن ابی بکر، *الجامع لاحکام القرآن*، بیروت، مؤسسة الرساله، ۱۴۲۸ ق.
۲۱. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۴ ش.
۲۲. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، *الکافی*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۲۳. کمیجانی، اکبر، و حمید ابریشمی، و سیدعلی روحانی، «ماهیت بانک و فرایند خلق پول بانکی؛ نقد دیدگاه‌های رایج و دلالت‌ها»، *مجله جستارهای اقتصادی*، سال پانزدهم، شماره ۲۹، بهار و تابستان ۱۳۹۷ ش.
۲۴. محقق داماد، سیدمصطفی، *قواعد فقه*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۲۵. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *کتاب‌البیع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.
۲۶. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *مصباح الفقاهة فی المعاملات*، تقریر توحیدی، قم، داوری، ۱۳۷۳ ش.
۲۷. موسوی قزوینی، سیدعلی، *ینایع الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۴ ق.

بازپژوهی در

حکم فقهی «شرط عدم مهر» در نکاح*

□ حمید مسجدرائلی^۱

□ سیدرسول موسوی^۲

چکیده

گرچه به استناد آیه ۲۴ سوره نساء، روایات متواتر و اجماع فقها، تعیین مهریه در عقد نکاح دائم شرط نبوده و نکاح بدون ذکر مهر هم عقد کاملاً صحیح است، اما گاه فرضی قابل تصور است که نه تنها مهریه اصلاً در متن عقد ذکر نمی‌شود، بلکه نکاح به «عدم وجود مهریه» مشروط شده و عدم مهر از سوی یکی از زوجین یا هر دو شرط می‌شود. حال پرسش این است که اساساً «شرط عدم مهر» در نکاح چه حکمی دارد و بالتبع تأثیر آن در صحت و بطلان عقد نکاح چیست؟ نوشتار حاضر با استفاده از روش توصیفی - تحلیلی تلاش کرده است به رغم نظر مشهور فقهی که چنین شرطی را باطل می‌داند، ضمن نقد و ردّ مستندات حکم به بطلان از قبیل آیات و روایات، با ارائه ادله اثباتی، علاوه بر تضعیف دیدگاه مشهور، به این نتیجه دست یابد که شرط عدم مهر در نکاح صحیح بوده

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۵/۸ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۷/۹.

۱. دانشیار دانشگاه سمنان (نویسنده مسئول) (h_masjedsaraie@semnan.ac.ir).

۲. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سمنان (sr_mousavi@semnan.ac.ir).

و یا حداقل خالی از قوت نیست؛ و این همان یافته اصلی تحقیق است.
واژگان کلیدی: مهر، شرط عدم مهر، مهرالمسمی، صحت نکاح، بطلان نکاح.

مقدمه

مهریه یا صداق یکی از مهم‌ترین حقوق مالی زوجه در عقد نکاح است که تأثیر بسزایی در این نهاد و جایگاه آن دارد. برخی فقها مهریه را مالی می‌دانند که در عقد نکاح ذکر می‌شود و یا در وطی به شبهه، به گردن واطی می‌آید و در مقابل بضع است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۸/۶) و برخی دیگر، مهریه را مالی برای تصاحب یا استیفای استمتاع جنسی از زن معرفی کرده‌اند (مشکینی، ۱۳۹۲: ۵۵۷). برخی از حقوق‌دانان نیز مهریه را مالی تعریف کرده‌اند که مرد به مناسبت عقد نکاح، ملزم به پرداخت آن به زن است (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱۳۱/۱). پرداختن به اشکالاتی که درباره جامع افراد یا مانع اغیار بودن این تعاریف شده است، ارتباطی با موضوع اصلی این نوشتار ندارد و آنچه در این جستار مطمح نظر است، همان مالی است که بر اثر عقد نکاح یا نزدیکی با زوجه بر گردن زوج می‌آید.

از طرف دیگر، به اجماع فقها (نجفی، ۱۴۰۴: ۴۹/۳۱) ذکر مهریه در عقد دائم، شرط صحت عقد بوده و عقد نکاح دائم بدون تعیین مهریه نیز صحیح واقع می‌شود و از چنین عقدی به «تفویض البضع» تعبیر می‌گردد. در عبارات برخی از ایشان آمده است:

«ذکر المهر لیس شرطاً فی صحّة العقد الدائم. فلو عقد علیها ولم یذکر مهرًا أصلاً -بأن قالت الزوجة للزوج مثلاً زوّجتک نفسی أو قال وکیلها: زوّجتک موکلتی فلانة، فقال: قبلت- صحّ العقد، بل لو صرّحت بعدم المهر -بأن قالت: زوّجتک نفسی بلا مهر، فقال: قبلت- صحّ ویقال لهذا، أی لإیقاع العقد بلا مهر «تفویض البضع» وللمرأة التی لم یذکر فی عقدها مهر «مفوّضة البضع» (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۴۹/۲۵؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۷: ۹۱/۳؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۱۶: ۴۵۶/۲).

به منظور تبیین مسئله مورد بحث در این نوشتار، تذکر اقسام و حالاتی که برای مهریه در عقد ازدواج متصور است، ضروری به نظر می‌رسد:

گاه در ضمن عقد نکاح یا پس از آن، مهریه به تراضی طرفین معین می‌شود که به

آن «مهرالمسمی» گویند (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۲۸۵/۵؛ همو، ۱۴۱۳: ۱۷۶/۸).

گاه طرفین در این مسئله توافق نکرده یا مهرالمسمی به جهتی باطل است (مانند اینکه مهریه مجهول بوده یا مالیت نداشته باشد). در این صورت، اگر دخول تحقق پذیرد،^۱ مهرالمثل لازم می‌آید. مراد از «مهرالمثل»، مقدار مهریه زنانه است که در شأن و رتبه این زن قرار دارند (همو، ۱۴۱۳: ۳۰۴/۸؛ قلعه‌جی، ۱۴۰۸: ۴۶۶). بر این اساس، ذکر مهریه در عقد دائم بر خلاف عقد موقت، شرط صحت آن نیست (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۳۰/۶؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۶۲/۳۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۷۳/۳؛ شبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۷۰۴۹/۲۲).

اما با وجود اینکه ذکر مهریه در عقد نکاح دائم، شرط صحت عقد نبوده و اساساً جزء ارکان عقد محسوب نمی‌شود، گاه طرفین در عقد نکاح شرط می‌کنند که هیچ مهریه‌ای وجود نداشته باشد؛ یعنی حتی در صورت نزدیکی، پرداخت مهرالمثل بر زوج لازم نباشد، نظیر اینکه زوج به زوجه بگوید: «ازدواج با تو را قبول کردم به شرط اینکه هیچ مهریه‌ای برای تو در کار نباشد».

قسم اخیر، مسئله اصلی این نوشتار است و در صدد بررسی این پرسش هستیم که از منظر فقهی آیا می‌توان به صحت چنین شرطی حکم کرد یا نه؟ برخی (نجفی، ۱۴۰۴: ۵۰-۴۹/۳۱) مدعی شده‌اند که هیچ اشکال و اختلاف نظری بین فقها در بطلان چنین شرطی وجود ندارد. البته درباره اینکه آیا فساد و بطلان چنین شرطی به عقد هم سرایت کرده و موجب بطلان عقد هم می‌شود یا نه؟ اختلاف نظر^۲ وجود دارد که البته از محل بحث در این نوشتار خارج است.

نویسندگان در این تحقیق، ضمن استقراء در اقوال فقهای متقدم و متأخر، ابتدا ادله بطلان شرط عدم مهر در نکاح را مورد نقد و بررسی قرار داده و سپس با طرح ادله

۱. اگر قبل از دخول، از یکدیگر طلاق بگیرند، باید هدیه‌ای مناسب حال زوج به زوجه پرداخت گردد؛ اما اگر جدایی به واسطه فسخ یا موت زوج باشد، اختلاف وجود دارد (برای اطلاع بیشتر ر.ک: موسوی خمینی، بی تا: ۲۹۸/۲).

۲. برابر ادعای صاحب‌جوهر، مشهور فقیهان به سرایت کردن بطلان و فساد شرط به عقد قائل شده‌اند. در نتیجه، عقدی که مشروط به چنین شرطی باشد، از اساس باطل است (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۱۴۵/۷؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۵۰-۴۹/۳۱). البته تنها کسی که به طور صریح حکم به صحت نموده است، شیخ طوسی در مبسوط است (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۷۰۴۸/۲۲).

اثباتی مبنی بر نظریه مختار، با نگاهی اجمالی دیدگاه قانون‌گذار عرفی را در این خصوص مورد تحلیل قرار داده‌اند.

۱. ادله قول به بطلان شرط عدم مهر و نقد آن

۱-۱. ادله نقلی

۱-۱-۱. استدلال به آیات

در آیات قرآن کریم، ذکری از لزوم وجود مهریه در عقد نکاح به میان نیامده است و آیات به بیان برخی از احکام مهریه پرداخته‌اند (نساء/ ۴؛ بقره/ ۲۳۶-۲۳۷؛ احزاب/ ۴۹). به عبارت دیگر، تمام آیات احکام مهریه را در صورتی که مهریه‌ای وجود داشته باشد، بیان می‌کنند و هیچ کدام از آیات دلالتی بر لزوم وجود مهریه در عقد نکاح و بطلان شرط عدم مهر ندارند.

تنها آیه‌ای که برای لزوم وجود مهریه و بطلان شرط عدم مهریه به آن استدلال شده، آیه ۵۰ سوره احزاب است. استدلال فقیهان به این آیه را می‌توان این گونه صورت‌بندی کرد: الف) بر اساس آیه «وَأَمْرًا مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ» (احزاب/ ۵۰)، هبة البضع یا هبة النفس مختص پیامبر است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۳۰/۶).

ب) شرط عدم وجود مهریه در زمان حال و آینده - حتی در صورت انجام نزدیکی - عرفاً به معنای هبة البضع است (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۷۹/۳).

نتیجه: نکاح بدون مهر، مصداقی از هبة البضع یا هبة النفس است و بر اساس آیه قرآن، این نوع نکاح مخصوص پیامبر ﷺ است: «خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ». پس چنین شرطی در حق سایر مسلمانان نافذ نبوده و باطل است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۲۹/۶).

نقد

الف) آیه در مقام بیان حکم مهریه نیست؛ بلکه در مقام بیان این معناست که نکاح با لفظ «هبه» منعقد نمی‌شود و چنین موردی مختص پیامبر است؛ یعنی پیامبر می‌تواند

برای انعقاد ازدواج به جای استفاده از الفاظ نکاح، از لفظ هبه استفاده کند؛ همان گونه که شیخ طوسی ذیل این آیه می‌نویسد:

«وعندنا أنّ النکاح بلفظ الهبة لا یصحّ وإنّما کان ذلك للنبی ﷺ خاصّة» (طوسی، بی‌تا: ۳۵۲/۸)؛ و به نظر ما امامیه، نکاح با لفظ هبه صحیح نیست و فقط به پیامبر ﷺ اختصاص دارد.

فهم سید مرتضی نیز مؤید همین مطلب است:

«فجعل النکاح بلفظ الهبة من جملة ما خصّ الله تعالی به نبيه ﷺ» (سید مرتضی علم‌الهدی، ۱۴۱۷: ۳۲۵)؛ خداوند نکاح با لفظ هبه را از جمله اختصاصات پیامبرش قرار داده است.

طبق این تفسیر، آیه اصلاً در مقام بیان حکم مهریه و لزوم وجود آن در عقد ازدواج نیست؛ بلکه در مقام بیان صیغه عقدی است که نکاح با آن محقق می‌شود. بر این اساس، عقد ازدواج با لفظ هبه برای پیامبر محقق می‌شود، اما سایر مسلمانان حتماً باید از الفاظ «نکاح و زواج» استفاده کنند.

ب) به فرض که آیه در مقام بیان حکم مهریه نیز باشد، شرط عدم مهریه در نکاح، اعم از هبه است. توضیح آنکه برای تحقق هبه، ذکر لفظ هبه یا حداقل قصد آن، به علاوه اعطای چیزی بدون گرفتن عوض شرط است. به عبارت دیگر، هبه غیر معوض، مقوم به دو رکن است: یکی اعطای بدون گرفتن عوض و دیگری قصد هبه و لفظی که دلالت بر ابراز این قصد کند. حال اگر زوجین شرط عدم مهریه کنند، تنها شرط اول محقق است و رکن دوم آن یعنی لفظ هبه و قصد هبه تحقق پیدا نکرده است؛ در نتیجه، عنوان هبه منتفی بوده و مشمول آیه نیست.

ج) نه تنها رکن قصد و لفظ هبه منتفی است، بلکه «اعطای بدون گرفتن عوض» نیز منتفی است؛ چرا که مطابق تصریح آیات متعددی از قرآن - چنان که تعدادی از پژوهشگران تصریح کرده‌اند (محقق داماد، بی‌تا: ۲۲۶) - عقد نکاح ماهیت معاوضی نداشته و این گونه نیست که مهریه عوض باشد و در مقابل آن، معوضی قرار گیرد تا با نبودن مهریه گفته شود که «اعطای بدون گرفتن عوض» محقق شده است. زوجین در عقد ازدواج، خواستار مودت و محبت و انس و الفت دائمی هستند و پر واضح است که

مهریه به عنوان یک امر الزامی که در بسیاری از مواقع به زن تأدیه نمی‌شود، جایگاهی در ایجاد این امور ندارد.

بی‌شک مهریه به عنوان «نحله» و «هدیه» که با طیب خاطر به زوجه تأدیه شود، در مودت و محبت تأثیرگذار است؛ اما بحث ما بر سر این است که آیا اشکالی دارد که زوجین بر عدم وجود چنین امری توافق کنند؟

خلاصه آنکه هبه‌ای که اختصاص به پیامبر دارد، ازدواجی نیست که تنها مهریه نداشته باشد، بلکه احکام دیگری دارد؛ مانند اینکه اذن ولیّ زوجه در آن لازم نیست و لفظ هبه جایگزین صیغه ازدواج می‌شده است. لذا صرف اینکه ازدواجی مهریه نداشته باشد، مصداق هبه و از اختصاصات پیامبر نیست (صادقی تهرانی، ۱۳۶۵: ۱۷۸/۲۴).

۱-۲. استدلال به روایات

مهم‌ترین دلیلی که بر بطلان شرط عدم مهر اقامه شده، چند دسته از روایات است که ادعا شده دلالت بر بطلان چنین شرطی می‌کند یا اینکه بر شرطیت وجود مهریه دلالت می‌کند. در نتیجه، شرط عدم وجود مهریه، مخالف با این روایات بوده و باطل است.

دسته اول

روایاتی که حلیت استمتاع را منوط به پرداخت مهریه کرده است.

«مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيِّ بْنِ فَضَّالٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيِّ عَنْ عَلِيِّ بْنِ النُّعْمَانِ عَنْ سُؤَيْدِ الْقَلَاءِ عَنْ أَيُّوبَ بْنِ الْحُرِّ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: إِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ، فَلَا يَحِلُّ لَهُ فَرْجُهَا حَتَّى يَسُوقَ إِلَيْهَا سِتْنًا دَرَاهِمًا فَمَا فَوْقَهُ أَوْ هَدِيَّةً مِنْ سَوِيْقٍ أَوْ غَيْرِهِ» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۵۴/۲۱)؛ ... وقتی مردی با زنی ازدواج می‌کند، فرج زن [استمتاع جنسی] بر مرد حلال نمی‌شود تا آنکه یک درهم یا بیشتر یا هدیه‌ای از آرد گندم یا غیر آن، به زن تقدیم کند.

تقد

این روایت، هم از لحاظ سندی و هم از نظر دلالتی دچار اشکال است؛ در سلسله سند، فردی به نام «محمد بن علی» که ملقب به «ابوسمینه» است، وجود دارد و وی در کتب مختلف رجالی تضعیف شده است (نجاشی، ۱۴۰۷: ۳۳۲؛ علامه حلی، ۱۳۸۱: ۲۵۳).

از لحاظ دلالتی نیز دو احتمال وجود دارد که هیچ کدام از آن دو، مدعا را اثبات نمی کنند:

احتمال اول آن است که منظور از «یسوق» در این روایت، پرداخت مهریه باشد؛ یعنی استمتاعات جنسی بر مرد حلال نمی شود تا آنکه مهریه یا هدیه ای به زن پرداخت کند. در این صورت، چاره ای جز حمل روایت بر استحباب نخواهیم داشت؛ همان طور که برخی نظیر شیخ طوسی این روایت را حمل بر استحباب کرده است (طوسی، ۱۳۹۰: ۲۲۱/۳)؛ چرا که به اتفاق علما و به تصریح روایات دیگر، مرد می تواند قبل از پرداختن مهریه با همسرش مباشرت کند و حلیت استمتاعات جنسی، منوط به پرداخت مهریه یا هدیه نیست؛ اگرچه در این صورت، مرد با سنت مخالفت کرده (مفید، ۱۴۱۰: ۵۰۹؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۳۵۷/۷؛ حز عاملی، ۱۴۰۹: ۲۵۵/۲۱) و زن نیز حق امتناع از آمیزش دخولی یا اصلاًحاً «حق حبس» دارد (نجفی، ۱۴۰۴: ۶۲/۳۱؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۲۶۵؛ محقق داماد، بی تا: ۲۴۵). بنابراین، روایت مذکور بر وجوب وجود مهریه و پرداخت آن برای حصول حلیت استمتاعات جنسی دلالت نمی کند.

بنا بر احتمال دوم، مراد از «یسوق»، تعیین کردن مهریه است؛ یعنی استمتاعات جنسی بر زوج حلال نمی شود، مگر آنکه مهریه یا هدیه ای تعیین گردد؛ یعنی زوج هنگام عقد حتماً باید مهریه یا هدیه ای را تعیین کند،^۱ اگرچه همان موقع پرداخت نکند. در این صورت نیز این روایت باید حمل بر استحباب شود؛ چرا که به اتفاق علما و تصریح سایر روایات، ذکر مهریه در عقد نکاح دائم شرط صحت نبوده و می توان بدون ذکر مهریه، زنی را به عقد خود درآورد و در صورت نزدیکی، مهرالمثل جایگزین مهرالمسمی می گردد (مفید، ۱۴۱۰: ۵۰۹؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۳۶۲/۷).

بنابراین، این روایت نه بر لزوم وجود مهریه در عقد ازدواج دلالت می کند و نه بر لزوم ذکر مهریه در هنگام عقد؛ در نتیجه، شرط عدم مهر با این دسته از روایات

۱. احتمال دوم بسیار ضعیف است؛ چرا که به شهادت لغت دانان، ماده «یسوق» به معنای تعیین کردن استعمال نشده است و معنای آن همان «اعطا و پرداخت کردن» است (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۱۶۶/۱۰؛ طریحی، ۱۳۷۵: ۱۸۸/۵). نگارندگان به خاطر بررسی تمام احتمالات متصور، این احتمال را نیز مورد بررسی قرار دادند.

مخالفتی ندارد. نهایت چیزی که از این روایات استفاده می‌شود آن است که چنین شرطی مکروه است. علاوه بر آنکه می‌توان گفت از آنجا که در این روایت، «هدیه» به ماقبل خود عطف شده و هدیه جنبه الزامی ندارد، مهریه نیز جنبه الزامی ندارد.

دسته دوم

روایاتی که بیانگر ماهیت و چیستی مهریه بوده و آن را تابع ترازی زوجین می‌دانند. [روایت اول:] «مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْقُضَيْلِ عَنْ أَبِي الصَّبَّاحِ الْكِنَانِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الْمَهْرِ مَا هُوَ؟ قَالَ: مَا تَرَاضَى عَلَيْهِ النَّاسُ» (حرّ عاملی، ۱۴۱۶: ۲۳۹/۲۱)؛ ... ابوالصباح کنانی گوید: از امام صادق علیه السلام درباره مهریه سؤال کردم که چیست؟ فرمود: هر چیزی که مردم بر آن توافق و رضایت داشته باشند. [روایت دوم:] «مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَسَنِ بْنِ فَضَالٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ مُوسَى بْنِ بَكْرٍ عَنْ زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: الصَّدَاقُ مَا تَرَاضَا عَلَيْهِ؛ قَلٌّ أَوْ كَثْرٌ» (همان: ۲۴۱/۲۱)؛ ... مهریه آن چیزی است که طرفین بر آن توافق و رضایت دارند؛ چه کم باشد چه زیاد.

تقدّم

این روایات دلالتی بر لزوم وجود یا ذکر مهریه نداشته و تنها در صورت وجود آن، شرایطش را تبیین می‌کنند. به بیان دیگر، این دسته از روایات بیانگر یک قضیه شرطیه‌اند و آن اینکه «اگر در عقد ازدواج مهریه وجود داشت، مهریه از حیث قلت و کثرت محدودیتی نداشته و به توافق طرفین بستگی دارد»، اما این روایات در صدد اثبات الزامی بودن «مقدم» در این قضیه شرطیه نیستند؛ یعنی نمی‌گویند که حتماً باید در تمامی ازدواج‌ها مهریه وجود داشته باشد تا شرط عدم مهریه، مخالف با این روایات باشد. حتی شاید بتوان گفت فقره «ما تراضی علیه الناس» دلالت می‌کند بر اینکه ملاک و معیار، توافق طرفین است و طرفین می‌توانند توافق کنند بر اینکه چیزی به عنوان مهریه در عقد ازدواج وجود نداشته باشد. در نتیجه، نه تنها این دسته از روایات دلالتی بر بطلان چنین شرطی ندارند، بلکه چه بسا صحت چنین شرطی نیز قابل استفاده از این دسته روایات باشد.

روایاتی که در صورت عدم ذکر مهریه و نزدیکی با زوجه، مهرالمثل را جایگزین

می دانند.

«مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ حُمَيْدِ بْنِ زِيَادٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ سَمَاعَةَ عَنْ غَيْرِ وَاحِدٍ عَنْ أَبَانَ بْنِ عُثْمَانَ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً وَلَمْ يَفْرِضْ لَهَا صَدَاقَهَا، ثُمَّ دَخَلَ بِهَا، قَالَ: لَهَا صَدَاقُ نِسَائِهَا» (همان: ۲۶۹/۲۱)؛ ... امام صادق علیه السلام درباره مردی که با زنی ازدواج کرده و مهریه‌ای برایش مشخص نکرده بود و به وی دخول کرده بود، فرمود: آن زن مستحق میزان مهریه زنانی که در رتبه و شأن او هستند (مهرالمثل)، می باشد.

این روایت و امثال آن دلالت بر این دارد که امکان خلوه عقد ازدواج از مهریه وجود ندارد؛ یعنی شارع اجازه خالی بودن عقد ازدواج از ذکر مهریه را داده است؛ اما این اجازه را که اصلاً مهریه‌ای در عقد ازدواج وجود نداشته باشد، نداده است و به حکم شارع در چنین صورتی، مهرالمثل جایگزین می شود. در نتیجه شرط عدم مهریه جایز نیست.

نقد

به نظر ما این روایات نیز به مسئله مورد بحث ما ارتباطی ندارند؛ چرا که موضوع این روایات، عدم ذکر مهریه است نه شرط عدم مهریه. منطوق این روایات بر ثبوت مهرالمثل در صورت عدم ذکر مهریه و حصول مباشرت دلالت می کند. در نتیجه، منطوق این روایات درباره حکم مردی که زوجین بر نبودن مهریه توافق می کنند، ساکت است، و مفهوم این روایات نیز دلالتی بر حکم شرط عدم مهر ندارد.

دسته چهارم

روایاتی که هبه کردن زن را مختص پیامبر دانسته و نکاح را فقط با وجود مهریه

صحیح می دانند.

[روایت اول:] «عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْقُضَيْلِ عَنْ أَبِي الصَّبَّاحِ الْكِنَانِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: لَا تَحِلُّ الْهَبَةُ إِلَّا لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَأَمَّا غَيْرُهُ فَلَا يَصْلُحُ نِكَاحٌ إِلَّا بِمَهْرٍ؛ ... هبه حلال نیست مگر برای رسول خدا ﷺ و اما برای غیر ایشان، ازدواج تنها با وجود مهریه صحیح است.

[روایت دوم:] «عَنْ عَدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي نَصْرٍ عَنْ دَاوُدَ بْنِ سَرْحَانَ عَنْ زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ قَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ «وَأَمْرًا مُؤَمَّنَةً إِنْ وَهَبْتَ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ». فَقَالَ: لَا تَحِلُّ الْهَبَةُ إِلَّا لِرَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَأَمَّا غَيْرُهُ فَلَا يَصْلُحُ نِكَاحٌ إِلَّا بِمَهْرٍ» (همان: ۲۶۵/۲۰); زرارہ گوید: از امام باقر عَلَيْهِ السَّلَامُ درباره آیه «وَأَمْرًا مُؤَمَّنَةً إِنْ وَهَبْتَ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ» [احزاب / ۵۰] سؤال کردم. فرمود: هبه [ازدواج بدون مهر] جایز نیست، مگر برای رسول خدا صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ و اما برای غیر ایشان، ازدواج فقط با وجود مهریه صحیح است.

شاید بتوان گفت که ظهور اولیه این دسته از روایات، قوی‌ترین دلالت را بر لزوم وجود مهریه و بطلان شرط عدم مهریه در عقد نکاح دارد؛ چرا که تصریح می‌کنند: «لا یصلح نکاح إلا بمهر». به عبارت دیگر، این دسته از روایات، آیه ۳۰ سوره احزاب (دلیل اول بر بطلان شرط عدم مهر) را تفسیر کرده و می‌گویند بر خلاف معنایی که نگارندگان بیان و آن را تقویت کردند، مراد از آن آیه این است که عقد ازدواج بدون مهریه، مصداق هبه بوده و مختص پیامبر است. طبق این تفسیر، شرط عدم مهر با این دسته از روایات و آیه ۳۰ سوره احزاب مخالفت داشته و باطل است.

نقد

با وجود اینکه برخی از این روایات از لحاظ سندی صحیح و قابل استنادند (طباطبایی بروجرودی، ۱۳۸۶: ۳۰۴/۲۵)، اما دلالت این روایات بر شرطیت وجود مهریه در عقد ازدواج نیز تمام نیست؛ چرا که از «لا یصلح»، حکم وضعی عدم صحت نکاح قابل استفاده نیست و نهایتاً بر کراهت نکاح بدون مهریه دلالت می‌کند. علاوه بر اینکه برخی از روایات این باب اصلاً مدیل به چنین ذیلی نیستند؛ مانند:

«مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عِيْسَى عَنْ صَفْوَانَ عَنْ مُوسَى بْنِ بَكْرِ عَنْ زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: لَا تَحِلُّ الْهَبَةُ لِأَحَدٍ بَعْدَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ» (حرز عاملی، ۱۴۱۶: ۲۶۷/۲۰).

در نتیجه، مفاد و مقصود اصلی این دسته از روایات نیز همسو با آیه ۳۰ سوره احزاب است و بر عدم انعقاد عقد نکاح با لفظ هبه دلالت داشته و چنین چیزی را مختص به پیامبر می‌داند.

مؤید چنین برداشتی، عنوانی است که صاحب *وسائل الشیعه* برای این دسته از روایات انتخاب کرده و این چنین فتوا می‌دهد:

«باب عدم انعقاد النکاح بلفظ الهبة من المرأة ولا ولیها لغير رسول الله ﷺ ولا بلفظ العارية ولا التحليل فی الحرّة ولو مبعضة» (همان: ۲۰/۲۶۴).

بنابراین مطابق دیدگاه صاحب *وسائل* نیز از این روایات، شرطیت وجود مهریه و بطلان شرط عدم آن قابل استفاده نیست.

۲-۱. ادله غیر نقلی

۱-۲-۱. شرط عدم مهر، مخالف مقتضای عقد است

این استدلال را می‌توان این گونه صورت‌بندی کرد:

الف) شرط عدم مهر، مخالف مقتضای عقد است. به عبارت دیگر، معنای این سخن آن است که دو انشای متناقض داریم؛ با این بیان که ماهیت «زوّجتک نفسی» این است که مهریه وجود داشته باشد؛ چون در مفهوم نکاح، وجود مهریه اخذ شده است؛ حال اگر بگویند: «زوّجتک نفسی بلا مهر»، تناقض در انشاء است؛ شرط عدم مهر نظیر «بعثک بلا ثمن» است؛ زیرا «بعثک» یعنی معاوضه، و «بلا ثمن»، یعنی لامعاوضه و چنین چیزی تناقض در انشاء می‌باشد (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۱۴۵/۷؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۳۲/۶).

ب) شرطی که مخالف مقتضای عقد باشد، باطل و مبطل است؛ چرا که به تناقض برمی‌گردد و هدفی که از انجام عقد به دنبالش بودیم، محقق نمی‌شود. برای مثال، در ازدواج هدف این بوده که مهریه به ملکیت زن درآید و مرد به استمتاعات جنسی از زن نائل شود، اما وقتی پای شرط عدم مهریه به میان می‌آید، چنین معاوضه‌ای رخ نمی‌دهد و بالتبع هدف از این عقد محقق نمی‌شود.

اگر این استدلال صحیح باشد، علاوه بر بطلان شرط، بطلان عقد را نیز اثبات می‌کند.

نقد

منظور از مقتضای عقد، موضوع اساسی است که عقد به خاطر آن واقع می‌شود و

بدون آن ماهیت خود را از دست می‌دهد. بنابراین شرطی با مقتضای عقد مخالف است که ذات و اثر اصلی آن را نفی کند و رعایت مفاد شرط، ماهیت عقد را دگرگون سازد؛ برای مثال، اگر در بیع شرط شود که مورد معامله به ملکیت خریدار درنیاید، دیگر نمی‌توان عقدی را که باعث ایجاد ملکیت نمی‌شود، بیع نامید. پس آوردن چنین شرطی در بیع نشان می‌دهد که دو طرف عقد، اراده خرید و فروش نکرده‌اند و باعث بطلان آن است (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۲۳۲/۱).

استدلالی که شرط عدم مهر را مخالف مقتضای عقد می‌داند، مبتنی بر این پیش‌فرض است که عقد ازدواج، عقدی معاوضی به سان بیع است و شرط عدم مهریه مانند شرط نبودن یکی از عوضین در عقد است؛ حال آنکه به تصریح برخی فقها، ماهیت عقد ازدواج، معاوضی محض نیست (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۵۴/۷؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۸۴). شواهدی که بر غیر معاوضی بودن عقد ازدواج و رکن نبودن مهریه می‌توان اقامه کرد، این است که در هر معاوضه‌ای، ذکر عوضین از ارکان است و اگر یکی از ارکان ذکر نشود، موجب بطلان آن معاوضه می‌گردد؛ اما در عقد ازدواج اگر مهر ذکر نشود یا فاسد باشد (مانند آنکه مالیت نداشته باشد)، فقها آن را صحیح می‌دانند (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۵۴/۷؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۴۹/۳۱؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۴۲۴/۴). بنابراین ذکر مهریه، رکن عقد نیست. همچنین در معاوضات، عوضین باید حین عقد معلوم باشند، در حالی که در ازدواج می‌توان مهریه را بعد از عقد ازدواج معین نمود و دقتی که در سایر معاملات وجود دارد، در عقد ازدواج وجود ندارد و مشاهده کفایت می‌کند ولو اینکه مقدار دقیق (کیل، وزن، تعداد، طول) معلوم نباشد (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۸/۳۱ و ۱۲۴). بنابراین در عقد ازدواج، زوجین رکن عقد هستند و معاوضه‌ای بین بضع و مهریه وجود ندارد؛ بلکه مهریه شبیه شرط است^۱ (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۷۰/۶؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۲۶۹؛ محقق داماد، بی‌تا: ۲۲۶). فقها از این شواهد نتیجه می‌گیرند که ذکر مهریه رکن نبوده و عدم ذکر مهریه به صحت

۱. البته در مقابل، برخی فقها هم برای مهریه نقش عوض قائل هستند و به صراحت به این مطلب اشاره کرده‌اند؛ از جمله شیخ طوسی در این زمینه معتقد است که هر گاه مردی با مهر معلوم با زنی ازدواج کند، زن به سبب عقد مالک مهر می‌شود و مرد نیز در همان وقتی که او مالک مهر گشته، مالک بضع می‌شود؛ زیرا نکاح عقد معاوضی است (طوسی، ۱۳۸۷: ۳۱۰/۴؛ برای مطالعه بیشتر ر.ک: صادقی مقدم، صادقی و امیری سرارودی، ۱۳۹۵: ۵۸).

عقد نکاح خللی وارد نمی‌کند. به گمان ما، این استدلال بیش از جواز «عدم ذکر مهریه» را اثبات می‌کند؛ چرا که لازمه این استدلال آن است که شرط عدم مهریه نیز خللی به صحت عقد نکاح وارد نیاورد. به بیان دیگر، همان استدلالی که می‌گوید جایز است در عقد ازدواج مهریه ذکر نشود، می‌تواند صحیح بودن شرط عدم وجود مهریه را نیز اثبات کند؛ چرا که وقتی مهریه رکن نیست و ذکر نکردنش خللی به صحت عقد وارد نمی‌کند، شرط نبودنش نیز اختلالی در صحت عقد ایجاد نمی‌کند.

۲-۲-۱. اجماع بر بطلان چنین شرطی وجود دارد

یکی از ادله‌ای که بر بطلان چنین شرطی می‌توان اقامه کرد آن است که فقیهان امامیه و عامه بر بطلان چنین شرطی، ادعای اجماع کرده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۱/۴۹-۵۰؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۳۰/۶؛ زحیلی، ۱۴۰۵: ۵۸/۷ و ۲۷۲).

نقد

این دلیل نیز توان اثبات مدعا را ندارد؛ چرا که اگر واقعاً چنین اجماعی وجود داشته باشد، از نوع اجماع مدرکی است که فاقد حجیت و اعتبار است. توضیح آنکه از منظر فقیهان و اصولیان امامیه، اجماع به خودی خود فاقد ارزش و اعتبار است و تنها در صورتی حجیت دارد که بتواند به صورت قطعی از قول معصوم پرده‌برداری کند. پس در حقیقت، سنت و روایت دارای حجیت است و اجماع دلیلی مستقل در مقابل آن نیست؛ بلکه در برخی موارد می‌تواند کاشف از آن باشد. در مسئله مورد بحث، ادله‌ای که فقها برای اثبات بطلان شرط عدم مهر به آن‌ها استناد کرده‌اند، به دست ما رسیده است؛ یعنی ما به مدرک اجماع ایشان دسترسی داریم. لذا صرف اتفاق نظر ایشان برای ما حجیت و اعتباری ندارد و نمی‌توان گفت ادله‌ای در دسترس آن‌ها بوده که به دست ما نرسیده است. پس فارغ از اجماع و اتفاق نظر فقها باید به مستندات نظر ایشان مراجعه و آن‌ها را بررسی کنیم و در صورت اعتبار مدرک اجماع، به آن مدرک عمل می‌کنیم، نه به اجماع (مظفر، ۱۳۹۳: ۴۵۹). مدارک و مستندات فقها در قسمت‌های قبل مورد بررسی قرار گرفت و دلیل معتبری بر بطلان چنین شرطی یافت نشد؛ لذا صرف اتفاق ایشان نیز حجیتی نخواهد داشت.

۲. ادله قول به صحت و نظریه مختار

با توجه به اینکه ادله قائلان به بطلان شرط عدم مهر، توان اثبات مطلوب ایشان را نداشت، می‌توان با ملاحظه مطالب زیر، قول به صحت چنین شرطی را تقویت کرد:

۲-۱. توجه به ماهیت مهریه و حکمت تشریح آن در پرتو آیات قرآن

قرآن کریم از مهریه و تأدیه آن به زوجه، این گونه یاد می‌کند: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ (نساء/۴). در این آیه، از دو واژه «صدقه» و «نحله» استفاده شده است. صدقه از ماده «صدق» است و بدان جهت به مهر صدق یا صدقه گفته می‌شود که نشانه راستی علاقه مرد است، و نحله به معنای بخشیدن و اعطای از روی طیب خاطر و بدون توقع عوض است (طریحی، ۱۳۷۵: ۴۷۸/۵). در این صورت، مهریه هدیه‌ای است که زوج برای نشان دادن صدق و راستی علاقه خود با طیب نفس و بدون هیچ عوضی به زن می‌پردازد. لذا مستحب است که قبل از همبستر شدن، مهریه را پردازد (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۶۴).

مهریه، نه ثمن و بهایی است که زوج برای تصاحب منافع جنسی زن به وی می‌پردازد و نه پشتوانه زندگی زن پس از طلاق و نه عاملی برای جلوگیری از طلاق. چنین تحلیل‌هایی از مهریه، فروکاست نهاد ازدواج به یک نهاد معاملی است که با تصویری که آیات قرآن از نهاد ازدواج ارائه می‌دهند و همچنین با برخی از روایات و در یک کلام با غرض و هدف شارع از این نهاد، کاملاً در تعارض است. با توجه به مقاصد شریعت در امر ازدواج، نمی‌توان آن را یک دادوستد و معامله قلمداد کرد. ازدواج یک پیوند آسمانی است که زن و مرد را در کنار هم قرار می‌دهد تا مقاصد عالی‌تر بر آن مانند آرامش و سکونت، رفع نیاز جنسی و بقای نسل انسانی، تعاون در امور زندگی و مشارکت در حیات معنوی حاصل شود (مهریزی، ۱۳۸۶: ۳۲۹). با توجه به این مقدمات باید به جنبه هدیه بودن مهریه که نه جزء ارکان عقد ازدواج است و نه غرض و هدف اصلی ازدواج به آن تعلق گرفته است و لوازم این نظریه ملتزم شویم. یکی از لوازم هدیه دانستن مهریه آن است که هبه، جنبه الزامی ندارد و طرفین با توافق خود می‌توانند از این هدیه صرف نظر کنند، هرچند اصل در ازدواج آن است که چنین هدیه‌ای وجود داشته باشد تا علامت صدق و راستی علاقه مرد باشد و موجب استحکام محبت طرفین شود.

۲-۲. دلالت قسمت ذیل آیه ۴ سوره نساء

در ادامه آیه ۴ سوره نساء آمده است: ﴿فَإِنْ طِبَّنْ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾. بر این اساس، زنان مجازند که بخشی از مهریه یا تمام آن را به همسرشان ببخشند. همچنین روایاتی^۱ وجود دارد که زنان را ترغیب می‌کند به اینکه مهریه خود را (قبل از همبستر شدن با همسرانشان یا به صورت مطلق) به آنها ببخشند و صاحب وسائل بر اساس آنها به استحباب بخشیدن مهریه به زوج (قبل و بعد از همبستر شدن) فتوا می‌دهد (حز عاملی، ۱۴۱۶: ۲۸۴/۲۱). لذا می‌توان نتیجه گرفت که شارع، زمام مهریه را به دست زنان سپرده و آن را حقی به نفع زنان و بر عهده مردان قرار داده است که زنان می‌توانند از تمام یا بخشی از این حق چشم‌پوشی کنند و در این مسئله، تفاوتی میان قبل و بعد از وقوع عقد ازدواج وجود ندارد؛ یعنی همان طور که زنان مجازند پس از وقوع عقد ازدواج از حق خود بگذرند و مهریه را به شوهرانشان ببخشند، پیش از وقوع عقد نیز چنین اجازه‌ای خواهند داشت که از حق خود بگذرند و بر نبودن مهریه توافق کنند. به گمان ما کسی نمی‌تواند اشکال کند که شارع چنین اجازه‌ای نداده است و زنان تنها مجاز به بخشیدن مهریه و گذشتن از این حق پس از وقوع عقد ازدواج هستند؛ چرا که این اشکال، مصادره به مطلوب بوده و اصل این ادعا محل نزاع است و همان طور که در قسمت اول توضیح دادیم، نگارندگان به دلیل معتبری بر این منع و تفکیک قبل از وقوع عقد و پس از آن دست نیافتند.

۳-۲. دلالت روایات

روایاتی که اعلام می‌داشت: «الصداق ما تراضی علیه الناس» (همان: ۲۴۱/۲۱)، نکته مهم را توافق و رضایت طرفین اعلام می‌کند. حال اگر زوجین بر عدم مهر توافق کنند،

۱. «عَنْ السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: قَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: أَيُّمَا امْرَأَةٍ تَصَدَّقَتْ عَلَى زَوْجِهَا بِمَهْرِهَا قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا إِلَّا كَتَبَ اللَّهُ لَهَا بِكُلِّ دِينَارٍ عِتْقَ رَقَبَةٍ. قِيلَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ! فَكَيْفَ بِالْهَبَةِ بَعْدَ الدُّخُولِ؟ قَالَ: إِنَّمَا ذَلِكَ مِنَ الْمَوَدَّةِ وَالْأَلْفَةِ» (حز عاملی، ۱۴۰۹: ۲۸۴/۲۱، ح ۱)؛ ... پیامبر صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فرمود: هر زنی که مهر خودش را بر شوهرش قبل از مقاربت ببخشد، خداوند عالم در مقابل هر دیناری که به شوهرش بخشیده است، ثواب یک عتق رقبه به او می‌دهد. سؤال شد: ای پیامبر خدا! اگر بعد از مقاربت باشد، چگونه است؟ حضرت فرمود: این علامت مودت و الفت بین زن و شوهر می‌باشد [و اجر بیشتری دارد].

قهرماً مشمول روایت و حکم به صحت می‌شود.

۲-۴. حکم عرف و بنای عقلا

می‌توان گفت که بر خلاف ابواب عبادات، در تمام ابواب معاملات و نکاح، شارع دستورات تعبدی صرف نداشته و اغلب دستوارتش عرفی - عقلایی بوده است و مصلحت خفیه‌ای که شارع بخواهد آن را از طریق تعبد بیان کند، وجود ندارد. به عبارت دیگر، رکن اصلی در ازدواج، توافق و تراضی طرفین است؛ البته توافقی که موازین شرعی و خطوط قرمز اخلاقی را رعایت کند. به همین خاطر، شارع از نکاح شغار و امثال آن منع کرده است (منتظری مقدم، ۱۳۸۴: ۱۴۶). لکن اگر شرطی دارای غرض عقلایی باشد، مورد امضای شارع خواهد بود و می‌توان روایات دسته قبل را ارشاد به همین معنا دانست. بر این اساس، برای فهم ماهیت نکاح و ارکان آن باید به فهم عقلای عالم از این نهاد مراجعه کنیم. نوع مردم دنیا، نه نکاح را خرید و فروش و دادوستد به حساب آورده و نه مهریه را جزء ارکان آن محسوب می‌کنند. بنابراین نکاح بدون مهر، طبق قاعده اولیه باید صحیح باشد، مگر اینکه دلیلی داشته باشیم که شارع این فهم عرفی یا بنای عقلا را نهی کرده باشد که در آن صورت می‌گوییم چنین شرطی باطل است؛ حال آنکه ادله مذکور توان اثبات چنین امری را نداشت و نهایتاً بر کراهت نکاح بدون مهریه دلالت می‌کرد. با توجه به مطالب پیش گفته باید در تعریف مهریه در نزد فقها که در مقدمه به آن اشاره رفت، تجدیدنظر کرد و مهریه را از بهایی که مرد برای تصاحب و تملک استمتاع جنسی زن می‌پردازد، به هدیه‌ای که برای نشان دادن صدق علاقه و محبت است، بازتعریف کرد. در نتیجه، پسندیده و مستحب است که مرد برای آنکه صدق علاقه خود را به زن نشان دهد، هدیه و پیشکشی تقدیم او کند. اما این مسئله با آنچه امروزه متداول شده است، تباین کامل دارد. مهریه به شکل امروزی، ازدواج را به دادوستد تبدیل کرده و غالباً بهای سنگینی بر دوش مرد می‌گذارد که تا پایان عمر توان تأدیه آن را ندارد. مهریه به شکل امروزی، نه هدف و غرض شارع را تأمین می‌کند و نه مورد تأیید عرف عقلای عالم است؛ چرا که نهاد ازدواج را تبدیل به یک نهاد پرهزینه کرده و یکی از عوامل پرهیز جوانان از پذیرش این مسئولیت سنگین است.

۳. بررسی آراء حقوق دانان

قانون مدنی ایران درباره شرط عدم مهر از نظریه فقهای امامیه پیروی کرده است و از مفاد ماده ۱۰۸۷ ق.م.ا^۱ برمی آید که در صورت وجود چنین شرطی، شرط نافذ نیست، اما عقد صحیح است (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۶۶۵). چنانچه در نکاح مهر معین نشود و شرط کنند که در صورت نزدیکی نیز زوجه مستحق مهرالمثل نگردد، شرط مزبور باطل خواهد بود؛ زیرا استحقاق مهرالمثل در اثر نزدیکی، حکم قانونی و از قوانین آمره است و طبق شق سوم از ماده ۲۳۲ ق.م.ا^۲ باطل است (امامی، بی تا: ۴۱۸/۴؛ صفایی و امامی، ۱۳۸۸: ۱۶۸). بنابراین در نگاه حقوق دانان، الزام مربوط به تملیک مهر، ناشی از حکم قانون است و ریشه قراردادی ندارد؛ لذا سکوت طرفین در عقد و حتی توافق بر اینکه زن مستحق مهریه نباشد، تکلیف مرد را در این زمینه از بین نمی برد (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱۳۱/۱). فلسفه ای که برای این الزام ذکر می کنند، حمایت قانون گذار از زن و لحاظ مصالح اجتماعی اوست که او را در هر حال مستحق مهریه می داند؛ چه در نکاح مهر تعیین شده یا نشده باشد (صفایی و امامی، ۱۳۸۸: ۱۶۸). در تبیین وجه حمایتی مهریه از زن گفته اند که مهریه غالباً به هنگام متارکه و جدایی مطالبه می شود و همین هم مانع گسستن پیوند زناشویی و طلاق های بی مورد و در واقع، تضمینی برای دوام ازدواج به شمار می آید. از سوی دیگر در صورت وقوع طلاق، پرداخت آن به مطلقه، مانع پریشانی و استیصال وی در آینده می گردد (همان: ۱۴۷؛ کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱۲۹/۱؛ قربان نیا و همکاران، ۱۳۸۴: ۳۶/۲). همچنین مهریه به عنوان جبران کننده نقصان سهم الارث زنان اعلام شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱۲۹/۱؛ مهرپور، ۱۳۹۵: ۴۷). طبق توضیح فوق، دلیل اصلی که ایشان بر بطلان چنین شرطی اقامه کرده اند، نامشروع بودن آن است، حال آنکه این دلیل، مصادره به مطلوب و اصل محل نزاع است؛ یعنی پرسش اصلی ما این است که چرا چنین شرطی نامشروع

۱. ماده ۱۰۸۷ ق.م.ا: «اگر در نکاح دائم، مهر ذکر نشده یا عدم مهر شرط شده باشد، نکاح صحیح است و طرفین می توانند بعد از عقد، مهر را به تراضی معین کنند و اگر قبل از تراضی بر مهر معین بین آنها نزدیکی واقع شود، زوجه مستحق مهرالمثل خواهد بود».
۲. ماده ۲۳۲ ق.م.ا: «نیز چنین مقرر کرده است: «شروط مفصله ذیل باطل است ولی مفسد عقد نیست: ۱- شرطی که انجام آن غیر مقدور باشد. ۲- شرطی که در آن نفع و فایده نباشد. ۳- شرطی که نامشروع باشد».

و باطل است، حال آنکه ادله فقیهان، توان اثبات نامشروع بودن چنین شرطی را نداشت. علاوه بر آن، فلسفه‌ای که برای مهریه در عبارات حقوق دانان آمده است، با آنچه در متون روایی و فقهی آمده است، هماهنگی ندارد و می‌توان گفت که تنها استحسان است؛ چرا که در روایات، تعلیم قرآن به عنوان مهر و صداق مورد قبول واقع شده است، لذا نمی‌توان گفت که مهریه، پشتوانه زندگی و اهرمی برای جلوگیری از طلاق مردان است. استحباب کم بودن مهریه و کراهت تجاوز مهریه از مهرالسنة^۱ و همچنین کراهت همبستر شدن با زن قبل از پرداخت تمام یا بخشی از مهریه به وی، و استحباب بخشش مهریه از سوی زن، شواهد دیگری بر این مطلب هستند (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۶۴؛ حرّ عاملی، ۱۴۱۶: ۲۱/۲۸۴). همان گونه که گذشت، مهریه علامت صدق در علاقه است، نه پشتوانه زن یا اهرمی برای جلوگیری از طلاق.

نتیجه‌گیری

از مجموع مطالب مطرح شده می‌توان به این نتایج دست یافت:

- ۱- با نقد ادله قائلان به بطلان شرط عدم مهر در نکاح، به نظر می‌رسد ادله استنادی توان اثبات این ادعا را نداشته و قابل خدشه است؛ زیرا اولاً آیه ۵۰ سوره احزاب، در مقام بیان یکی از اختصاصات پیامبر ﷺ است؛ ثانیاً روایات دالّ بر بطلان شرط عدم مهر، با اشکال سندی یا دلالی مواجه است؛ ثالثاً شرط خلاف مقتضای عقد بودن چنین شرطی، مبتنی بر پیش فرض معاوضی بودن نکاح است که چنین چیزی قابل قبول نیست؛ رابعاً اجماع ادعایی هم مدرکی و فاقد حجیت است.
- ۲- متفاهم از آیه ۴ سوره نساء، دلالت پاره‌ای از روایات و حکم عرف و بنای عقلا، به عنوان ادله اثباتی دالّ بر صحت شرط عدم مهر در عقد نکاح قابل استدلال می‌باشد؛ ضمن اینکه تأکید روایات بر بخشش مهر از سوی زوجه حتی بعد از همبستری، با فلسفه ایجاد الفت و مودت بین زوجین، مؤیدی بر این ادعاست. از این رو می‌توان قائل شد که شرط عدم مهر در نکاح صحیح است و یا دست کم خالی از قوت نیست.

۱. مهرالسنة پانصد درهم معادل پنجاه دینار است و وجه تسمیه آن این است که پیامبر برای تمامی همسران خود به همین میزان مهریه قرار می‌داده است (محقق داماد، بی‌تا: ۲۲۵).

کتاب شناسی

۱. قرآن کریم.
۲. ابن منظور افریقی مصری، ابوالفضل جمال الدین محمد بن مکرم، لسان العرب، چاپ سوم، بیروت، دار صادر، ۱۴۱۴ ق.
۳. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، تهران، اسلامی، بی تا.
۴. انصاری، مرتضی بن محمدامین، کتاب النکاح، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۵. حرّ عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه، قم، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۱۶ ق.
۶. حسینی سیستانی، سیدعلی، منهاج الصالحین، چاپ پنجم، قم، دفتر آیة الله سیستانی، ۱۴۱۷ ق.
۷. خوانساری، سیداحمد بن یوسف، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.
۸. زحیلی، وهبة بن مصطفى، الفقه الاسلامی وادلته، چاپ دوم، دمشق، دار الفکر، ۱۴۰۵ ق.
۹. سید مرتضی علم الهدی، علی بن حسین موسوی، المسائل الناصریات، تهران، رابطه الثقافة و العلاقات الاسلامیه، ۱۴۱۷ ق.
۱۰. شبیری زنجانی، سیدموسی، کتاب نکاح، قم، رای پرداز، ۱۴۱۹ ق.
۱۱. صادقی تهرانی، محمد، الفرقان فی تفسیر القرآن بالقرآن و السنّه، چاپ دوم، قم، فرهنگ اسلامی، ۱۳۶۵ ش.
۱۲. صادقی مقدم، محمدحسن، محمد صادقی، سیدرضا امیری سرارودی، «ماهیت و جایگاه عقد نکاح در میان عقود معاوضی و غیر معاوضی»، آموزه های فقه مدنی، سال هشتم، شماره ۱۳، بهار و تابستان ۱۳۹۵ ش.
۱۳. صافی گلپایگانی، لطف الله، هدایة العباد، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۱۶ ق.
۱۴. صفایی، سیدحسین، و اسدالله امامی، مختصر حقوق خانواده، چاپ چهاردهم، تهران، میزان، ۱۳۸۸ ش.
۱۵. طباطبایی بروجردی، سیدحسین، جامع احادیث الشیعه، تهران، فرهنگ سبز، ۱۳۸۶ ش.
۱۶. طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمدعلی، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل، قم، مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۱۸ ق.
۱۷. طریحی، فخرالدین بن محمد، مجمع البحرین، چاپ سوم، تهران، کتابفروشی مرتضوی، ۱۳۷۵ ش.
۱۸. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، الاستبصار فیما اختلف من الاخبار، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۹۰ ش.
۱۹. همو، التبیان فی تفسیر القرآن، تحقیق احمد قصیر عاملی، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۲۰. همو، المسووط فی فقه الامامیه، چاپ سوم، تهران، المکتبه المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ق.
۲۱. همو، تهذیب الاحکام، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۲۲. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
۲۳. همو، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه معارف اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲۴. علامه حلی، ابومنصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، خلاصة الاقوال فی معرفة احوال الرجال، چاپ دوم، نجف اشرف، المطبعة الحیدریه، ۱۳۸۱ ق.

۲۵. همو، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.

۲۶. فاضل هندی، بهاء الدین محمد بن حسن اصفهانی، کشف النام و الایهام عن قواعد الاحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.

۲۷. قربان‌نیا، ناصر و همکاران، بازی پژوهی حقوق زن (بررسی قوانین مربوط به زنان در جمهوری اسلامی ایران)، تهران، روز نو، ۱۳۸۴ ش.

۲۸. قلعه‌جی، محمد رواس، معجم لغه الفقهاء؛ عربی - انگلیزی - افرنسی، چاپ دوم، بیروت، دار النفائس، ۱۴۰۸ ق.

۲۹. کاتوزیان، ناصر، دوره حقوق مدنی خانواده، چاپ هشتم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸ ش.

۳۰. همو، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ سی و ششم، تهران، میزان، ۱۳۹۲ ش.

۳۱. محقق داماد، سیدمصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده (نکاح و انحلال آن)، قم، بی‌نا، بی‌تا.

۳۲. مشکینی، علی، مصطلحات الفقه، تحقیق حمید احمدی جلفایی، قم، دار الحدیث، ۱۳۹۲ ش.

۳۳. مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، چاپ چهاردهم، قم، بوستان کتاب، ۱۳۹۳ ش.

۳۴. مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری بغدادی، المقتنه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.

۳۵. مکارم شیرازی، ناصر، کتاب النکاح، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۴ ق.

۳۶. منتظری مقدم، حامد، «گونه‌های ازدواج در عصر جاهلی»، مجله تاریخ اسلام درآینه پژوهش، شماره ۸، زمستان ۱۳۸۴ ش.

۳۷. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، تحریر الوسیله، قم، دار العلم، بی‌تا.

۳۸. موسوی سبزواری، سیدعبدالاعلی، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، قم، المنار، ۱۴۱۳ ق.

۳۹. مهرپور، حسین، مباحثی از حقوق زن، چاپ پنجم، تهران، اطلاعات، ۱۳۹۵ ش.

۴۰. مهریزی، مهدی، شخصیت و حقوق زن در اسلام، چاپ دوم، تهران، انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۸۶ ش.

۴۱. نجاشی، ابوالحسن احمد بن علی بن احمد بن عباس، فهرست اسماء مصنفی الشیعه (رجال النجاشی)، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.

۴۲. نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.

اعتبارسنجی شروط تحمیلی و حمایت از طرف ضعیف در عقود تحمیلی در فقه اسلامی، حقوق ایران و مصر*

- سیدابوالقاسم نقیبی^۱
- ابراهیم تقی‌زاده^۲
- عدنان حسینی^۳

چکیده

اعتبارسنجی شروط تحمیلی، بررسی شکل جدیدی از قراردادهاست که در آن‌ها یک طرف قرارداد دارای قدرت برتر یا انحصاری است که مفاد و شرایط قرارداد را تنظیم می‌کند و طرف دیگر بدون داشتن حق مذاکره، مجبور به پذیرش آن است. پژوهش حاضر به روش تطبیقی - تحلیلی، به بررسی ماهیت، مبنا و اعتبار شروط تحمیلی در این نوع قراردادها می‌پردازد. یافته‌ها نشان می‌دهد که برخی از شروط تحمیلی، فاقد وصف غیر منصفانه هستند؛ لذا معتبرند. قانون‌گذار مصر در ماده ۱۴۹ قانون مدنی در بحث شروط و قراردادهای تحمیلی غیر منصفانه مقرر می‌دارد: «... قاضی می‌تواند قراردادهای متضمن شروط تحمیلی را تعدیل یا

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۴/۱۵ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۸/۵.

۱. دانشیار دانشگاه شهید مطهری (da.naghbi@yahoo.com).

۲. استاد دانشگاه پیام نور (taghizaadeh@gmail.com).

۳. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه پیام نور (نویسنده مسئول) (adnaneaazam@yahoo.com).

طرف ضعیف را از اجرای آنها معاف کند...». برخی از قواعد فقهی در فقه اسلامی و اصول حقوقی در حقوق ایران از چنان ظرفیتی برخوردارند که می‌توان آنها را از ادله حمایت از طرف ضعیف قرارداد در این نوع قراردادها به شمار آورد. افزون بر این، قانون‌گذار ایران با تصویب برخی مواد قانونی، تمایل خود را به حمایت از طرف ضعیف نشان داده است. قضات نیز می‌توانند با بهره‌گیری از قواعد فقهی و اصول حقوقی پذیرفته‌شده، چنانچه شروط تحمیلی غیر منصفانه باشند، به تعدیل آنها مبادرت ورزند. از این رو برای جلوگیری از صدور آرای متفاوت در این زمینه، پیش‌بینی ماده قانونی در قانون مدنی ایران اجتناب‌ناپذیر است.

واژگان کلیدی: تعدیل قرارداد، حقوق ایران، حقوق مصر، شروط تحمیلی، شروط غیر منصفانه، فقه اسلامی.

بیان مسئله

اصل پذیرفته‌شده در عقود و قراردادها آن است که مفاد و شرایط آنها مورد توافق طرفین بوده و غالباً با هماهنگی یکدیگر تنظیم شوند. اما با ظهور شرکت‌ها و بنگاه‌های بزرگ اقتصادی مشاهده می‌شود که مفاد و شروط قراردادها میان این شرکت‌ها و طرف معامله آنها، توسط شرکت‌ها تنظیم و به صورتی غیر منصفانه به طرف مقابل تحمیل می‌گردد؛ به نحوی که طرف مقابل یا مجبور است کل قرارداد را بپذیرد و یا از انعقاد آن منصرف شود. به دلیل انحصاری بودن کالا و یا خدمات ارائه‌شده، بحث از انصراف قرارداد تنها از جنبه نظری است؛ زیرا طرف مقابل در عمل، مجبور به پذیرش قرارداد است. این نوع قراردادها به قراردادهای تحمیلی شهرت یافته‌اند.

در این نوع قراردادها، طرف قدرتمند با تکیه‌گاه استواری به نام قرارداد و اصل آزادی قراردادها وارد عمل می‌شود و از نظر او، چنین قراردادهایی خالی از اشکال است. در واقع با نوعی از قراردادها مواجهیم که در ظاهر صحیح به نظر می‌آیند، در حالی که ممکن است طرف قدرتمند از موقعیت خویش سوءاستفاده کرده و شروطی را ظالمانه و غیر منصفانه در قرارداد درج کند. بنابراین عدالت اقتضا می‌کند که فقه اسلامی و نظام‌های حقوقی در مواجهه با چنین وضعیتی، طرف ضعیف قرارداد را به حال خود رها نکنند و ضمن نگه داشتن حرمت اصل آزادی قراردادی، راه چاره‌ای بیندیشند و با

بی‌عدالتی موجود مقابله نمایند. از این رو پژوهش در این زمینه، ضرورتی اجتناب‌ناپذیر است.

شرط تحمیلی و عقد تحمیلی از نظر ماهیت، دارای ویژگی و مؤلفه‌های مشترکی هستند. شرط تحمیلی بعضاً به معنای تعهد تحمیلی است، اعم از اینکه مستقل یا ضمن عقد یا به عنوان تعهدات اصلی یک عقد باشد؛ به این صورت که طرف قدرتمند قرارداد می‌تواند اهداف و مقاصد خود را هم در قالب شرط و هم در قالب عقد تحمیلی اعمال کند. همچنین شرط مورد بحث به معنای مطلق الزام و التزام است که هم با معنای شرط سازگاری دارد و هم با تعهداتی که بر حسب ذات عقد به وجود می‌آیند، و این پیوستگی میان عقد و شرط در زمینه تحمیل و همچنین با توجه به اینکه حقوق مصر یکی از کشورهای مورد مطالعه در این پژوهش است، در نتیجه برای رسیدن به ملاک شرط تحمیلی در حقوق این کشور، به ناچار عقد تحمیلی در حقوق مصر را مورد مطالعه قرار داده‌ایم.

در این پژوهش به سؤالات اصلی ذیل پاسخ داده می‌شود: ۱- نسبت شروط تحمیلی با شروط غیر منصفانه چگونه است؟ ۲- چگونه می‌توان قراردادهای تحمیلی را که غیر منصفانه نیستند، صحیح و معتبر تلقی کرد؟ ۳- مواجهه فقیهان مذاهب اسلامی و نظام حقوقی حاکم بر ایران و مصر با عقد تحمیلی چگونه است؟ آیا قاضی می‌تواند قراردادهای تحمیلی را جهت حمایت از طرف ضعیف قرارداد تعدیل، یا طرف ضعیف را از اجرای شرط تحمیلی معاف کند و یا در تفسیر قرارداد، مصلحت طرف ضعیف را در نظر بگیرد؟

پاسخ به سؤالات مذکور، نیازمند جمع‌آوری اطلاعات و پردازش توصیفی و تحلیلی است. مقایسه و تطبیق آرای فقیهان اسلامی و حقوق کشورهای ایران و مصر، از جمله رهیافت‌های مهم در مطالعات تطبیقی حقوق ایران با حقوق یکی از کشورهای اسلامی است.

مطالعه ادبیات پژوهش در این زمینه نشان می‌دهد که مقاله «شروط تحمیلی از دیدگاه قواعد عمومی قراردادها» (کریمی، ۱۳۸۱) و پایان‌نامه اعمال قواعد عمومی قراردادها در شروط تحمیلی (ابراهیمی، ۱۳۸۰)، شروط تحمیلی را تنها از منظر قواعد عمومی قراردادها

بررسی کرده‌اند. همچنین مقاله «حمایت از طرف ضعیف قرارداد از طریق حقوق اساسی» (اسدی، پارساپور و بادینی، ۱۳۹۷)، حمایت از طرف ضعیف قرارداد را به صورت عام و تنها از منظر قانون اساسی بررسی کرده است و بایسته است آرای فقیهان مذاهب اسلامی و حقوق ایران با برخی کشورهای خارجی به صورت تطبیقی در پاسخ به سؤالات مطرح شده، مورد مطالعه و پژوهش قرار گیرد.

پژوهش تطبیقی مذکور، علاوه بر تحکیم مبانی نظری بحث در فقه اسلامی و حقوق داخلی، به قانون‌گذار این امکان را می‌بخشد تا از اقوال فقیهان و نظریات حقوق دانان و تجارب تقنینی دیگر کشورها بهره جوید و به قضات نیز این ظرفیت را اعطا می‌کند تا در تحلیل قضایی خویش از تجارب قضایی دیگر کشورها استفاده کنند.

۱. تعریف شرط تحمیلی

شرط در لغت و اصطلاح به مطلق الزام و التزام اطلاق می‌گردد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۳۶)؛ اعم از اینکه در ضمن عقد یا مقدم بر آن یا ملحق به آن باشد. بنابراین شرط نوعی عمل حقوقی است که مانند هر عمل حقوقی دیگر، صحت و اعتبار آن منوط به تحقق شرایطی در موضوع یا طرفین آن است.

منظور از شروط تحمیلی در قراردادها، شروطی است که یکی از متعاقدين با سوءاستفاده از وضعیت اقتصادی، اجتماعی و یا تخصص خویش، به طرف دیگر تحمیل می‌کند. این شروط متضمن یک نوع نابرابری خاص هستند که سابقاً در حقوق قراردادها، یا وجود نداشته‌اند و یا وجودشان قابل توجه نبوده است (کریمی، ۱۳۸۱: ۷۹).

شرط تحمیلی از مسائل جدید است که تحت تأثیر حقوق مصرف در حقوق قراردادها مطرح شده است (ساعی و عطاردی، ۱۳۹۴: ۵۵۵/۶). این شرط که در فرانسه «clause abusive» نامیده می‌شود، نخستین بار در ماده ۳۵ قانون ۱۹۸۷ فرانسه جهت حمایت از مصرف‌کنندگان به تصویب رسید. بر این اساس، «یک شرط وقتی تحمیلی محسوب می‌شود که با سوءاستفاده از قدرت اقتصادی یک طرف قرارداد به طرف دیگر تحمیل می‌شود و به صورت افراطی به نفع طرف سوءاستفاده‌کننده از این قدرت بود» (کریمی، ۱۳۸۱: ۷۹).

«سالی» حقوق‌دان فرانسوی که به اجماع حقوق‌دانان، اولین کسی بود که عقد تحمیلی را مطرح کرد، آن را چنین تعریف کرده است:

«صرف غالب کردن اراده واحدی است که به صورت انحصاری و انفرادی، شرایط و مفاد عقد را از پیش تعیین می‌کند، و مخاطب آن مجموعه‌ای نامحدودند که حق تغییر و تعدیل شرایط را نداشته و فقط می‌توانند عقد را همان گونه که هست، قبول کنند» (لعشب محفوظ بن حامد، ۱۹۹۰: ۲۳).

از این تعریف روشن می‌شود که «سالی» به ذکر اراده منفرد - که در انحصار موجب است و شروط از پیش تعیین شده عقد را تعیین می‌کند - و پیوستن طرف دیگر عقد به آن اراده بدون داشتن حق گفت‌وگو و مذاکره، اکتفا کرده است.

در زبان عربی به عقد تحمیلی، عقد «اذعان» گفته می‌شود. «سنهوری» اولین شخصی است که واژه «اذعان» را برای این نوع عقد به کار می‌برد. وی در زمینه کاربرد عقد اذعان (تحمیلی) برای این دسته از عقود و شروط معتقد است:

«بعضی اوقات قبول در عقد، صرف تسلیم شدن به آنچه است که موجب آن را بدون مذاکره و گفت‌وگوی پیشین املا کرده و قابل، ناچار به پیوستن به آن قرارداد و شرایط مربوط به آن است؛ یعنی او آن قرارداد را می‌پذیرد و بدان اذعان می‌نماید» (سنهوری، ۱۹۹۸: ۱۴۴).

«اذعان» در لغت، مشتق از ماده «ذعن» و به معنای تسلیم و فرمانبرداری است (ابن فارس، ۱۹۷۹: ۳۵۵). خداوند در آیه ۴۹ سوره نور می‌فرماید: «وَإِنْ يَكُنْ لَهُمُ الْحَقُّ يَأْتُوا إِلَيْهِ مُذْعِنِينَ»؛ و اگر دعوی خود را برحق بدانند، با کمال انقیاد به سوی رسول می‌آیند. در این آیه، «مذعنین» به معنای سرعت در اطاعت آمده است (زمخشری، ۱۹۹۸: ۳۱۴). ابن اعرابی نیز گفته است: «مذعنین، مقَرِّین خاصین» (ابن اعرابی، ۱۹۹۵: ۳۵۳/۵).

در حقوق ایران، کاتوزیان با انتخاب عنوان «تجاوز به اصل آزادی قراردادها» اعلام می‌دارد که منظور از عقد تحمیلی، عقدی است که در آن، قانون رابطه حقوقی را تحمیل می‌کند و نتیجه آن شبیه قرارداد است و به همین مناسبت، آن را عقد تحمیلی و اجباری و یا فرضی نامیده و آن را در مقابل عقد آزاد قرار داده است (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۱۱۱/۱). شهیدی نیز با قرار دادن عقد تحمیلی در برابر عقود آزاد، آن را چنین تعریف کرده است:

«در عقد تحمیلی، یکی از دو طرف به علت برخورداری از شرایط و ابزار نیرومندتر، خواسته خود را نسبت به شرایط و خصوصیات عقد به طرف دیگر تحمیل می‌کند. در این عقود، شرایط و خصوصیات عقد از پیش به وسیله طرف نیرومندتر تعیین می‌گردد و هر شخصی که بخواهد به تشکیل قرارداد با او مبادرت کند، نمی‌تواند او را وادار به تغییر شرایط سازد و چاره‌ای جز تسلیم در برابر خواسته‌های اقتصادی او ندارد؛ مانند قراردادهای مربوط به بیمه و قرارداد حمل و نقل» (شهیدی، ۱۳۹۶: ۸۸/۱).

۲. نسبت شرط تحمیلی و شرط غیر منصفانه

در یک نگرش غالب، «clauses abusives» را به شروط تحمیلی ترجمه کرده‌اند. اما این ترجمه، مورد انتقاد حقوق دانان صاحب نظر قرار گرفته است. در فرهنگ لغات انگلیسی به فرانسه، «clauses abusives» معادل «unfair term» قرار داده شده است. با وجود این، شرط تحمیلی می‌تواند متفاوت از شرط غیر منصفانه باشد؛ به این صورت که بعضی اوقات، شروط تحمیلی بخشی از شروط غیر منصفانه را تشکیل می‌دهد و آن زمانی است که شروط تحمیلی، شروطی باشند که با اعمال فشار غیر منصفانه یک طرف قرارداد ایجاد شوند و تعادل قراردادی را بر هم زنند. در این صورت، دایره شمول شروط غیر منصفانه فراتر از شروط تحمیلی است. همچنین بعضی اوقات، شروط غیر منصفانه مصداقی برای شروط تحمیلی نیستند؛ چون فرد بر اساس ضرورت‌های اجتماعی، اقدام به پذیرش آن‌ها ننموده است (شرافت و اسدپور طهرانی، ۱۳۹۷: ۳).

در حقوق موضوعه ایران، در قوانین خاص از شروط تحمیلی ناعادلانه و غیر منصفانه تحت عنوانی بحث شده است که نشان می‌دهد شروط تحمیلی اعم از شروط غیر منصفانه و ناعادلانه هستند و بعضی اوقات، شروط تحمیلی می‌توانند فاقد وصف ناعادلانه و غیر منصفانه باشند.

قانون حمایت از مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۸۸/۰۷/۱۵ در بند ۵ ماده ۱، شروط تحمیلی غیر عادلانه بر اساس عرف و عادت معاملات را از عناصر تبانی دانسته است. هرچند که این قانون، حکم شروط غیر عادلانه تحمیلی را بیان ننموده و فقط به اینکه آن‌ها از شروط تبانی هستند، بسنده کرده است، ولی می‌تواند این نتیجه را به دست بدهد که شروط تحمیلی، چیزی جدا از شروط ناعادلانه هستند و شروط تحمیلی موجود

در قراردادها ممکن است وصف ناعادلانه نداشته باشند، با اینکه می‌توانند تحمیلی باشند. این ماده، شروط تحمیلی فاقد وصف غیر عادلانه را از مصادیق تبانی ندانسته و ذکر آن‌ها را در قرارداد، خالی از اشکال می‌داند. قانون‌گذار در ماده ۸ همین قانون، شروط تبانی و تحمیلی را که باعث افزایش قیمت و پایین آمدن عرضه و کیفیت شوند، به این صورت جرم‌انگاری کرده است:

«هر گونه تبانی و تحمیل شرایط از سوی عرضه‌کنندگان کالا و خدمات، که موجب کاهش عرضه یا پایین آوردن کیفیت یا افزایش قیمت شود، جرم محسوب می‌شود».

البته با در نظر گرفتن بند ۵ ماده ۱، منظور از شروط تحمیلی در این ماده، شروط تحمیلی ناعادلانه هستند.

همچنین در صدر ماده ۴۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب ۱۳۸۷ آمده است:

«اعمال ذیل که منجر به اخلال در رقابت می‌شود، ممنوع است».

در بند ۲ قسمت ط همین ماده در بحث از شروط تحمیلی، تنها شروط تحمیلی را ممنوع اعلام کرده است که غیر منصفانه باشند. مفهوم مخالف این بند، گویای تفاوت بین شروط تحمیلی و شروط غیر منصفانه است. درست است که این قانون ناظر به رقابت تجاری در ساحت عرضه‌کنندگان کالا و خدمات است و شامل مصرف‌کنندگان جزء نمی‌شود، ولی نشان می‌دهد که شروط تحمیلی نباید غیر منصفانه باشند.

با توجه به متفاوت بودن معنای «إذعان» و «تعسّف»^۱ در ماده ۱۴۹ قانون مدنی مصر که مقرر داشته است: «إِذَا تَمَّ الْعَقْدُ بِطَرَقِ الْإِذْعَانِ وَقَدْ تَضَمَّنَ شُرُوطَ التَّعْسُفِ...»، قانون‌گذار مصر نیز شروط تحمیلی و شروط غیر منصفانه را به یک معنا ندانسته است.

۳. ماهیت فقهی و حقوقی عقد تحمیلی

۳-۱. ماهیت فقهی عقد تحمیلی

از نظر فقها عقد تحمیلی، عقدی حقیقی است؛ زیرا با اراده بایع و مشتری که

۱. غیر منصفانه (مکی، ۲۰۱۱: ۳۵).

ایجاب و قبول از جانب آن‌ها صادر می‌شود، منعقد می‌گردد؛ به طوری که ایجاب نزد جمهور علما از جانب طرف قدرتمند با ارائه خدمت یا کالا صادر می‌گردد، سپس با صدور رضایت کامل به تمام شرایط عقد از جانب طرف ضعیف، قبول صورت می‌گیرد (غزالی، ۱۹۹۸: ۲۸۹). فقهای معاصر معتقدند که عقد تحمیلی با پیوند و ارتباط ایجاب و قبول قطعی می‌شود و ایجاب و قبول همان چیزی است که عرفاً بر رضایت دو طرف و موافقت اراده آن‌ها بر ایجاد عقد با توجه به شروطی که موجب آن‌ها را مقرر کرده، دلالت دارد (مجله مجمع الفقه الاسلامی، ۲۰۰۴: ۵۲۴). عقد تحمیلی در فقه اسلامی، عقدی حقیقی به شمار می‌آید که با نظر و دیدگاه اکثر علمای حقوق مطابقت دارد؛ زیرا که اساس و مبنای عقد تحمیلی تراضی است.

غالب فقها جهت یافتن ماهیت عقد تحمیلی، آن را با عقود مشابه مقایسه کرده‌اند و آن را با بیع مضطر پیوند داده‌اند؛ از این نظر که در هر دو عقد، نیاز به کالا وجود دارد و قیمت کالا در هر دو بیع مشخص و معین است و بر طرف ضعیف لازم است که تسلیم و فرمانبردار طرف قدرتمند باشد و چاره‌ای جز قبول ندارد (عبدالدايم، ۲۰۰۸: ۴۵). اما احتمال وقوع غبن فاحش در عقد تحمیلی، به این دلیل که عقود تحمیلی از نظارت و کنترل کشورها و یا نظام حقوقی برخوردارند، کمتر است. همچنین عقد تحمیلی مربوط به کالاها و خدمات ضروری مردم است و معمولاً طرف آن‌ها، شرکت‌ها و دولت‌ها هستند، حال آنکه در عقد اضطرار این گونه نیست و ممکن است در هر کالایی و توسط هر شخص حقوقی یا حقیقی منعقد گردد.

تفاوت بارز دیگری که عقد تحمیلی با عقد مضطر دارد این است که اگر در عقد مضطر، اضطرار برداشته شود، عقد دیگر اضطراری محسوب نمی‌شود، یعنی طرف مضطر، دیگر نیازی به انعقاد عقد ندارد؛ در حالی که در عقد تحمیلی با توجه به اینکه کالا یا خدمت مورد نظر، لازم و از ضروریات زندگی است، نباید جهت برداشتن شرایط غیر منصفانه آن، عقد هم از بین برود، کما اینکه در عقد تحمیلی به همین صورت است و آنچه مدنظر قانون‌گذار در حمایت از طرف ضعیف قرارداد مطرح می‌شود، حفظ اصل عقد با برداشتن شرایط غیر منصفانه و ظالمانه آن است و به این صورت است که حمایت از طرف ضعیف محقق می‌شود.

به علاوه در معامله اضطراری، طرف معامله یا از اضطرار معامل خویش ناآگاه است و یا بر فرض آگاهی، عملی در جهت تشدید اضطرار یا سوءاستفاده از اضطرار او انجام نمی‌دهد. اما در بحث شروط تحمیلی، علاوه بر اینکه طرف ضعیف به انعقاد معامله نیازمند و از این حیث واجد شرایط اضطراری است، طرف مقابل او نیز از این اضطرار آگاه است؛ به این دلیل که خود او زمینه این اضطرار را ایجاد کرده است و یا شرایط اضطراری و فشار آن را تشدید می‌کند. در این حالت، طرف قدرتمند با تکیه بر موقعیت برتر اقتصادی، اجتماعی و یا حتی تخصصی خود، آنچه را که می‌خواهد، بر طرف مقابل تحمیل می‌کند (ابراهیمی، ۱۳۸۰: ۲۵).

بعضی نیز معتقدند که بین احتکار و عقود تحمیلی، پیوند و ارتباط وجود دارد؛ به این صورت که عقود تحمیلی قائم به احتکار هستند، چرا که موجب ذاعن، مورد عقد را حبس و احتکار می‌کند، به طوری که رقابت در عقد را از بین برده و آن را به صورت جدی محدود می‌کند و موجب (مذعن) خود را محکوم به قبول عقد بدون هیچ گونه رقابت و چانه‌زنی، همان طوری که ذاعن از او می‌خواهد و برای او شرط گذاشته است، می‌داند، به طوری که اگر دارای چنین ویژگی نباشد، نمی‌توان چنین عقدی را تحمیلی نامید (جوهری، ۲۰۰۴: ۴۷۳).

با وجود این، احتکار به معنای حبس کالا است تا زمانی که قیمت آن افزایش یابد و مردم از این افزایش قیمت متضرر شوند؛ اما عقد تحمیلی متفاوت از آن است، به این دلیل که در عقد تحمیلی، حبس کردن کالا وجود ندارد و چه بسا در این عقد، هدف به دست آوردن کالا و دست یافتن به آن است (حماد، ۲۰۰۴: ۵۰۸).

علاوه بر این در تمامی حالات عقد تحمیلی، حبس کردن کالا وجود ندارد؛ بلکه صرف محدود کردن عمل و یا انجام خدمت از جانب ذاعن و به دست آوردن آن از جانب مذعن است. همچنین عقد تحمیلی و احتکار در محل عقد نیز با هم متفاوت‌اند، به طوری که مورد عقد احتکار وسیع‌تر از عقود تحمیلی است؛ به این خاطر که احتکار ممکن است در ضروریات، اجناس و تزیینات باشد و این بر خلاف چیزی است که در عقود تحمیلی وجود دارد؛ زیرا مورد در عقد تحمیلی، بیشتر در کالاهای ضروری و مورد نیاز مردم است (عبدالایم، ۲۰۰۸: ۱۴۹).

در نهایت باید گفت به صرف وجود شباهت‌هایی بین عقد تحمیلی و بعضی از عقود، نمی‌توان آن را یکی از این عقود دانست و باید پذیرفت که عقد تحمیلی، عقد جدید و دارای احکام و شرایط خاص خود است.

۲-۳. ماهیت حقوقی عقد تحمیلی

بعضی از حقوق دانان، عقد تحمیلی را یک عقد حقیقی می‌دانند و آن را از سایر عقود متمایز نمی‌کنند؛ اما بعضی دیگر، صفت قراردادی برای عقد تحمیلی قائل نیستند و از نظر آن‌ها، عقد تحمیلی یک مرکز حقوقی سازمان یافته است.

طرفداران وصف قراردادی غالباً حقوق دانان حقوق خصوصی هستند که معتقدند عقد تحمیلی، یک عقد حقیقی است؛ زیرا با توافق دو اراده تمام می‌شود و مانند سایر عقود، از قواعد عمومی قراردادها پیروی می‌کند (سنه‌وری، ۱۹۹۸: ۲۴۷)؛ به این دلیل که هر عمل حقوقی که با دو اراده محقق می‌شود، عقد است، اگرچه دو طرف از لحاظ اقتصادی مساوی نباشند و حتی با وجود فشاری که طرف قدرتمند بر طرف ضعیف وارد می‌کند؛ زیرا این تفاوت اقتصادی و فشار به مرحله‌ای از اکراه نرسیده است که رضا را معیوب کند و قبول، قبول معتبری است (بودالی، ۲۰۰۷: ۱۶).

بعضی از حقوق دانان حقوق عمومی،^۱ وصف عقد را برای عقد تحمیلی انکار می‌کنند و به آن فقط به دید یک مرکز حقوقی سازمان یافته که اراده منفرد از جانب موجب صادر می‌شود، نگاه می‌کنند و آن را به مانند لایحه‌ای می‌دانند که ویژگی‌های عقد را ندارد. از نظر این گروه برای انعقاد عقد، طرفین باید در حالت مساوی باشند (همان: ۱۵) و قبول در عقد تحمیلی را صرف تسلیم شدن می‌دانند، به این دلیل که برای طرف ضعیف، مذاکره و تعدیل عقد امکان‌پذیر نیست (عنتر و ذنوت، ۲۰۰۲: ۴۲) و آن را شبیه به یک قانون می‌دانند تا یک عقد (سنه‌وری، ۱۹۹۸: ۲۴۸)؛ در حالی که رکن اصلی عقد، توافق دو اراده و انشا و تراضی نسبت به یک امر معین است که موجب ایجاد تعهد یا تملیک می‌گردد. پس در هر عقدی که طرفین، اراده خود را آزادانه بیان کنند و آنچه را که مدنظرشان است، انشا نمایند و این دو انشا با هم بر روی یک امر مشترک

۱. اغلب حقوق دانان حقوق عمومی، در رأس آن‌ها سالی و دیجیه، هوریو.

توافق داشته باشند، عقد صحیح است.

در نتیجه باید گفت که اگرچه در قراردادهای تحمیلی، یک طرف مجبور به پذیرش تمام شرایط و پیشنهادات طرف مقابل است، ولی رضایت معاملی وجود دارد و آنچه چهره خاصی به این عقود می‌بخشد، شکل ایجاب و عدم امکان گفت‌وگو درباره شرایط و مفاد عقد است و این ویژگی باعث نمی‌شود که خاصیت قراردادی بودن این اعمال حقوقی از بین برود. به علاوه، در هیچ یک از متون قانونی، لزوم تساوی قدرت و برابری اقتصادی طرفین عقد، شرط دانسته نشده است. به همین دلیل نباید یکسانی وضعیت اقتصادی طرفین قرارداد را از شرایط صحت قرارداد دانست؛ چون در این صورت، صحت بیشتر معاملاتی که در زندگی روزمره مردم منعقد می‌شود، با مشکل مواجه می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۳۴/۱).

۴. اعتبارسنجی عقد تحمیلی در حقوق مصر، ایران و فقه اسلامی

۴-۱. اعتبارسنجی عقد تحمیلی در حقوق مصر

حقوق مصر بدون تعریف عقد تحمیلی در قانون مدنی در سه مبحث (شرایط تشکیل عقد، قبولی و تفسیر عقد)، از عقد تحمیلی به عنوان یک عقد صحیح و معتبر بحث کرده و در قسمت شرایط قبولی، ماده‌ای جداگانه را به قبولی در عقد تحمیلی اختصاص داده است. این ماده مقرر می‌دارد:

«قبول در عقود تحمیلی، محدود به تسلیم به شرایط مقرر است که ایجاب کننده ارائه کرده است و مشمول مذاکره نیستند»^۱.

آمدن این ماده در بخش قراردادها و بعد از شرایط تشکیل عقد، بیانگر این است که قانون‌گذار مصر، عقد تحمیلی را پذیرفته است.

همچنین ماده ۱۴۹ همان قانون مقرر می‌دارد:

«هر گاه عقدی به صورت تحمیلی منعقد شد و متضمن شروط ظالمانه‌ای بود، قاضی

۱. «القبول فی عقود الإذعان يقتصر علی مجرد التسليم بشروط المقررة یضعها الموجب ولا یقبل مناقشة فیها».

می‌تواند این شروط را تعدیل و یا طرف ضعیف را از اجرای آن‌ها معاف کند و هر توافقی بر خلاف آن صورت بگیرد، باطل است»^۱.

بند ۲ ماده ۱۵۱ نیز مقرر می‌دارد:

«با وجود این، عبارات مبهم در عقود تحمیلی نباید به زیان طرف ضعیف تفسیر شوند»^۲.

ذکر این مواد در بخش آثار عقد و دادن مجوز به قاضی برای حذف و تعدیل و نحوه تفسیر که از آثار عقد صحیح هستند، بیانگر این است که عقد تحمیلی در حقوق مصر، یک عقد معتبر است.

۲-۴. اعتبارسنجی عقد تحمیلی در حقوق ایران

در قوانین موضوعه ایران، از عقد تحمیلی بحث نشده است و برای اعتبارسنجی آن لازم است شرایط عقد تحمیلی را با قواعد عمومی قراردادها در حقوق ایران بررسی کنیم.

۲-۴-۱. قبول در عقد تحمیلی

یکی از ویژگی‌های عقد تحمیلی که در قانون مدنی مصر به صراحت پیش‌بینی شده بود، نوع قبولی در این عقد است و از مخاطب ایجاب، حق مذاکره و گفت‌وگو گرفته شده است و او باید مفاد ایجاب را همان گونه که هست، بپذیرد. در حقوق ایران بر طبق قواعد عمومی قراردادها، قبول، رضای بدون قید و شرط به مفاد ایجاب است؛ یعنی قبول‌کننده باید قبول خود را مطلق و بدون قید و شرط اعلام کند. حال سؤال این است که آیا ایجاب‌دهنده می‌تواند در ایجاب مقرر کند که ایجاب قابل مذاکره نیست و طرف مقابل اگر می‌خواهد به عقد ملحق شود، باید آنچه را که در ایجاب است، همان گونه قبول کند؟ اگر جواب سؤال منفی باشد، یعنی به این فرض قائل باشیم که

۱. «إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المدعن منها، وذلك لما وفقا لما تقضى به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك».

۲. «ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعن».

ایجاب‌دهنده نمی‌تواند مذاکره و گفت‌وگوی طرف مقابل را محدود کند، نتیجه‌اش این است که مخاطب ایجاب، مفاد ایجاب را تا حدودی به نفع خود تغییر دهد، که بر اساس آنچه در مورد قبولی در حقوق ایران پذیرفته شده است، این عمل مخاطب ایجاب، ایجاب‌جدیدی است که از طرف ایجاب‌دهنده باید مورد قبول قرار گیرد؛ یعنی ایجاب‌دهنده‌ای که شرایط ایجاب او تغییر پیدا کرده است، در نهایت برای انعقاد عقد، ابتکار عمل در دست خود اوست و می‌تواند ایجاب تغییر یافته خود از جانب مخاطب ایجاب را به عنوان قبول‌کننده بپذیرد و عقد منعقد نشود. در نتیجه جواب مثبت می‌تواند در حقوق ایران قابلیت دفاع را داشته باشد؛ به این صورت که ایجاب‌دهنده، ایجاب خود را قطعی و بدون تغییر اعلام کند و اگر مخاطب ایجاب خواست به عقد ملحق شود، ایجاب را همان گونه که هست، بپذیرد.

۲-۲-۴. ایجاب در عقد تحمیلی

ایجاب به عنوان پیشنهادی صادر می‌شود که قطعی است و دارای کلیه شرایط اساسی و تفصیلی قرارداد است (صده، ۱۹۷۴: ۱۳۷). در حقوق ایران هم ایجاب باید قطعی باشد؛ یعنی اعلام اراده باید به منظور انعقاد قرارداد و ایجاد تعهد بر اجرای مفاد آن باشد، به گونه‌ای که با قبول آن از جانب طرف دیگر، قرارداد منعقد شود و دیگر اختیاری برای گوینده ایجاب باقی نماند (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۲۸۴/۱).

ایجاب در عقد تحمیلی معمولاً همراه با شرایط یا پیش‌شرط‌هایی است که به واسطه ماهیت خود قرارداد ایجاد شده‌اند، که در صورت تخلف، ایجابی به وجود نیامده است؛ برای مثال، ایجاب در عقد بیمه عمر لزوماً معلق به این پیش‌شرط است که فرد در حین حیات و عاری از هر گونه بیماری‌ای باشد که زندگی او را تهدید کند. در این صورت، ایجاب علاوه بر این پیش‌شرط‌های ضمنی، دربرگیرنده تمام شرایط قراردادی است (عبدالدام، ۲۰۰۸: ۵۳). این شرط هم با قوانین موضوعه ایران مخالف نیست. با عنایت به ماده ۱۸ قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶، اگر مشخص شود که مال موضوع بیمه قبل از قرارداد وجود نداشته و یا خطری که قرارداد بیمه برای آن منعقد شده است، قبل از انعقاد قرارداد اتفاق افتاده است، قرارداد بیمه باطل خواهد بود.

شرط دیگر ایجاب، عمومی بودن آن است؛ یعنی ایجاب متوجه عموم مردم یا گروهی خاص از مردم که دارای ویژگی‌های خاصی هستند، می‌شود (رسلان، ۱۹۹۶: ۶۴). در حقوق موضوعه ایران به ایجاب عام تصریح نشده است. با وجود این در عقد جعاله که از عقود معین است، ایجاب ممکن است خطاب به گروهی خاص یا نسبت به عموم باشد؛ برای مثال، وقتی پدری برای فرزند گم‌شده خود اعلان می‌کند که هر کس او را بیابد، مبلغ معینی پاداش می‌گیرد، و یا تاجری که کالای خود را با تعیین قیمت و شرایط فروش در معرض دید رهگذران قرار می‌دهد، در واقع ایجاب را به عموم می‌کنند (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۲۸۲/۱).

شرط دیگر ایجاب، دائمی بودن آن است؛ به این معنا که ایجاب به نحو مستمر و برای مدتی طولانی بیش از آنچه در عقود عادی است، لازم‌الاجراست (صده، ۱۹۷۴: ۱۳۷). در حقوق ایران، ایجاب را اراده ایجاب‌کننده به وجود می‌آورد و دوران اعتبار و بقای آن نیز تابع همین اراده است. به بیان دیگر، ایجاب‌دهنده است که با ایجاب خود، قدرت قبول را به مخاطب ایجاب می‌دهد. در نتیجه، او می‌تواند شکل قبول و مدت زمان اعتبار و اختیار طرف مقابل را معین کند و قبول باید در زمانی به ایجاب ملحق شود که او تعیین کرده است (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۲۸۲/۱).

ایجاب در عقد تحمیلی باید منتشر شود تا تمام مردم از آن مطلع شوند (صده، ۱۹۷۴: ۱۳۷). قوانین ایران ایجاب عمومی را پذیرفته‌اند. به علاوه، لازمه ایجاب عمومی آن است که به روشی منتشر شود تا عموم از آن مطلع شوند، که این انتشار می‌تواند از طریق روزنامه یا وبگاه‌های اینترنتی باشد؛ برای مثال، کارگزاران بورس ایجاب خود را در سندی قابل دستیابی در وبگاه مخصوص به خود، جهت انعقاد قرارداد با افرادی که می‌خواهند وارد بورس شوند، بارگزاری می‌کنند که از این طریق در اختیار تمام مردم قرار بگیرد.

شرط دیگر ایجاب، قطعی، لازم و غیر قابل رجوع بودن است؛ یعنی ایجاب‌دهنده در طول مدتی که این کالا و خدمات در انحصار اوست، باید آن‌ها را عرضه کند (همان: ۱۳۸). سؤال این است که آیا در حقوق ایران شخص می‌تواند خود را برای مدت نامحدودی ملتزم به ایجاب کند؟ بررسی‌ها نشان می‌دهد که هر گاه ایجاب همراه با تعهد نگه‌داری به آن باشد، این تعهد حق رجوع از ایجاب را ساقط می‌کند؛ زیرا هیچ

مانعی وجود ندارد که ایقاع بتواند حقی را از بین ببرد و التزامی به وجود آورد (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۳۱۶/۱).

۴-۲-۳. سایر شرایط عقد تحمیلی

ویژگی‌های دیگری که برای این عقد برشمرده‌اند، قدرت اقتصادی یکی از طرفین (بوکماش، ۲۰۱۲: ۱۵۱)، اساسی و ضروری بودن کالا و خدمات ارائه‌شده (سنه‌پوری، ۱۹۹۸: ۲۴۵) و شکل قرارداد است که باید به صورت نمونه و شکل چاپی باشند (سعدی، ۲۰۰۹: ۱۲۳)، که هیچ کدام آن‌ها با قوانین موضوعه ایران منافات ندارد؛ به این دلیل که در قراردادهایی که روزانه منعقد می‌شوند، این احتمال وجود دارد که یکی از طرفین قرارداد در وضعیت اقتصادی بهتری نسبت به طرف مقابل قرار داشته باشد و در این قراردادها، کالاهای اساسی و خدمات مورد نیاز مردم به صورت قراردادهای نمونه ارائه شوند؛ مانند قراردادهای مربوط به برق، گاز، تلفن و... که از طرف دولت به عنوان طرف قدرتمند قرارداد و به عنوان کالاهای اساسی که از ضروریات مردم هستند، به صورت قراردادهای از پیش تهیه‌شده و نمونه عرضه می‌شوند.

۴-۳. اعتبارسنجی عقد تحمیلی در فقه اسلامی

فقهای معاصر در مورد حکم عقد تحمیلی، نظرات مختلفی داده‌اند. (محمد عبدالطیف) (فرفور، ۲۰۰۴: ۲۳۹-۲۴۰) چهار قول را در مورد عقد تحمیلی برمی‌شمارد: گروهی مطلقاً آن را منع کرده‌اند و اساس عقد را مبتنی بر اراده باطنی و عقد تحمیلی را فاقد این اراده دانسته‌اند.

گروه دوم عقد تحمیلی را مطلقاً درست انگاشته‌اند. این گروه اساس عقد را اراده ظاهری دانسته و عقد تحمیلی را ملحق به عقد معاطات کرده و به اراده ظاهری اکتفا نموده‌اند.

گروه سوم آن را مکروه شمرده‌اند.

گروه چهارم قائل به تفکیک شده‌اند. به این صورت که اگر عقد تحمیلی شامل احتکار یا یک نوع اکراه ظالمانه بود، آن را مکروه دانسته‌اند، چون باعث ضرر رساندن به عموم مردم است و ضرر باید از بین برود؛ اما اگر عقد از عنصر اکراه و احتکار خالی

بود، آن را در دو حالت بررسی کرده‌اند:

حالت اول، حالتی است که مردم نیازمند به آن عقد و مجبور به انعقاد آن باشند و در غیر این صورت، موجب عسر و حرج آن‌ها شود؛ مانند اجاره و وسایل نقلیه، خرید امتیاز برق، گاز و... و اگر فقها انجام این معاملات را منع کنند، مردم به حرج می‌افتند و نمی‌توانند بسیاری از امور مورد نیاز خود را تأمین کنند. در اینجا، نیاز مردم در حکم ضروریات قرار می‌گیرد و باعث مباح شدن آنچه منع شده است، می‌شود. در این مورد، عقود تحمیلی را صحیح می‌دانند.

حالت دوم، حالتی است که مردم بی‌نیاز از انجام عقود تحمیلی هستند؛ مانند بسیاری از عقود که در طول زمان انجام شده‌اند و اگر انجام نمی‌شدند، می‌توان گفت که عقدی وجود نداشته است که در این صورت، نیازی به وجود عقد تحمیلی نیست.

«قطب سانو» نیز حکم عقد تحمیلی را در دو حالت بررسی کرده است: حالت اول به اعتبار عقود مستحدثه و اصل جواز در معاملات، آن را جایز می‌داند. در حالت دوم با توجه به قیود و شروط موجود، آن‌ها را صحیح یا باطل می‌داند؛ به این صورت که اگر شروط از شروطی باشند که باعث بطلان و فساد عقد شوند، عقد باطل است و اگر شرط قابلیت تصحیح را داشت، عقد صحیح، و اگر نداشت، باطل است (سانو، ۲۰۰۴: ۳۳۷).

«ندوی» در این باره می‌گوید:

«عقد تحمیلی حتی اگر حمایت کافی از طرف دولت نداشته باشد، عقد درست و صحیحی است؛ به این دلیل که در آن، اصل رضایت وجود دارد» (ندوی، ۲۰۰۴: ۴۱۸).

«نزیه کمال حماد» هم می‌نویسد:

«هر گاه قیمت در عقد تحمیلی، عادلانه و فاقد شروط ظالمانه و اجحافی به ضرر طرف ضعیف باشد، عقد صحیحی است و محتکر کالا و منفعت، کالا و خدمات خود را به طرف مقابل با قیمتی که لازم است و یا با غبن کم که قابل مسامحه است، عرضه می‌کند و این همان عوض المثل است که از او منع نشده است؛ زیرا معمولاً در معاملات، یک طرف معامله سود و طرف دیگر ضرر می‌کند و مردم در این موارد چشم‌پوشی می‌کنند و احتکار کالا به این صورت شرعاً جایز است، چون در این حالت بالا بردن قیمت توسط عرضه‌کننده و متضرر شدن طرف ضعیف از طریق غبن فاحش و شروط ظالمانه، منتفی است» (حماد، ۲۰۰۴: ۳۸۱).

در نهایت می‌توان گفت که ضرورت انجام معامله بین مردم به این صورت که طرفین به آن رضایت دهند، بر مبنای عدالت و انصاف است و هیچ ضرری برای مردم ندارد و این چیزی است که مجمع فقه اسلامی^۱ به صورت زیر آن را بیان کرده است:

«اگر قیمت در عقد تحمیلی، عادلانه و فاقد شروط ظالمانه برای طرف ضعیف قرارداد بود، شرعاً صحیح است و متعاقدين ملزم به آن هستند» (مجله مجمع الفقه الاسلامی، ۲۰۰۴: ۵۳۴).

با بررسی ویژگی‌های عقد تحمیلی در حقوق مصر و تطبیق آن‌ها با قواعد موجود در حقوق ایران و فقه اسلامی، معلوم شد که عقد تحمیلی در نظام حقوقی مصر، ایران و فقه اسلامی، عقد معتبر و صحیحی است؛ با این تفاوت که قانون‌گذار مصر به صراحت این مهم را ذکر کرده است، اما در حقوق ایران و فقه اسلامی به صراحت نیامده است و با بررسی شرایط عقد تحمیلی و عدم مخالفت آن‌ها با قواعد عمومی قراردادها و قواعد فقهی است که می‌توان گفت عقد تحمیلی، عقدی صحیح و معتبر است.

۵. حمایت از طرف ضعیف قرارداد در عقود تحمیلی در حقوق مصر، ایران و فقه اسلامی

منظور از طرف ضعیف، شخصی است که به علت توان کم اقتصادی و احتیاجش به تهیه کالا و خدمات مورد نیاز، قدرت چانه‌زنی و مذاکره در برابر طرف قدرتمند را ندارد و مجبور به پذیرش تمام شرایط و مفاد قراردادی است که طرف قدرتمند قرارداد، آن را تهیه کرده است. ممکن است در یک قرارداد، شخص به دلایل دیگری مورد حمایت قانون‌گذار قرار گرفته باشد. آنچه در این مقاله بررسی می‌شود، حمایت از طرف ضعیف قرارداد به دلیل تفاوت قدرت اقتصادی دو طرف معامله است و نه چیز دیگر.

۱. یکی از مسائل مهمی که در سال ۲۰۰۴ میلادی در این شورا به عنوان یک مبحث جدید مورد بررسی قرار گرفت، عقد اذعان بود که در طی آن، هشت استاد بزرگ در مورد عقد اذعان مقالاتی را ارائه نمودند و در نهایت پس از داوری این هشت مقاله، عقد اذعان را به عنوان یک عقد جدید پذیرفتند و همچنین تحت شرایطی به قاضی اجازه دخالت در این نوع عقد را دادند تا در صورت ظالمانه بودن، آن را به حالت توازن قراردادی برگرداند (برای مطالعه بیشتر در این باره، ر.ک: *مجله الفقه الاسلامیه*، ۲۰۰۴: ش ۱۴/۱۵۶-۱۸۵).

۱-۵. حمایت از طرف ضعیف قرارداد در عقود تحمیلی در حقوق مصر

۱-۱-۵. تعدیل یا حذف شروط غیر منصفانه

ماده ۱۴۹ قانون مدنی مصر مقرر می‌دارد:

«إذا تمّ العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها...».

قانون‌گذار مصر در این ماده، اختیار حذف یا تعدیل شروط غیر منصفانه در عقد تحمیلی را به مقام قضایی داده است. در واقع، قانون‌گذار ضروری دیده است که از قواعد عمومی قراردادها عدول نماید و اجازه تعدیل یا حذف شروط غیر منصفانه در عقد تحمیلی را به قاضی بدهد (بودالی، ۲۰۰۷: ۷۵).

۲-۱-۵. تفسیر قرارداد

تفسیر قرارداد، راهکاری قضایی برای مشخص کردن اراده طرفین است. با عنایت به ماده ۱۵۰ و بند ۱ ماده ۱۵۱ در قواعد عام تفسیر، و بند ۲ ماده اخیر در مورد قاعده خاص تفسیر در عقد تحمیلی، لازم قواعد تفسیر در دو بخش عام و خاص بررسی شوند.

۱-۲-۱-۵. قاعده عام تفسیر

«قاعده تفسیر شک به نفع متعهد»، به عنوان قاعده‌ای عام در تفسیر قراردادها پذیرفته شده است. این قاعده در حقوق کشورهای عربی به عنوان «تفسیر الالتزام عند الشك لمصلحة الملتزم» آمده است و قانون‌گذار مصر در بند ۱ ماده ۱۵۱ قانون مدنی، آن را به این صورت آورده است: «يفسّر الشك في مصلحة المدين».

۲-۲-۱-۵. قاعده خاص تفسیر

قانون‌گذار مصر در ماده ۱۵۱ قانون مدنی، قاعده خاصی را در مورد تفسیر در عقد تحمیلی وضع کرده است. در بند ۲ این ماده آمده است: «ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن».

قاعده تفسیر به نفع متعهد مصرح در بند ۱ ماده ۱۵۱، در بند ۲ این ماده جهت حمایت از طرف ضعیف قرارداد تغییر کرده است؛ به این صورت که اگر در عقود تحمیلی، طرف ضعیف قرارداد متعهد و مدیون نبود، باز هم عبارات مبهم باید به نفع او تفسیر شوند. در این قسمت ماده، قاعده اصلی در مورد عقود تحمیلی زمانی که طرف ضعیف مدیون نباشد، وارونه شده است؛ با این توضیح که هر گاه قاضی بخواهد قراردادی را تفسیر کند، باید عبارات مبهم و مشکوک را به نفع مدیون تفسیر کند، در حالی که بر اساس قواعد عام تفسیر، تفاوتی نداشت که مدیون در چه وضعیتی از لحاظ اقتصادی قرار دارد و در این صورت باید قرارداد به نفع او تفسیر شود و این قاعده‌ای کلی است که برای تفسیر قرارداد وجود دارد، اما این قاعده در مورد عقود تحمیلی به منظور حمایت از طرف ضعیف قرارداد دچار تغییر شده است و قانون‌گذار در بند ۲ ماده ۱۵۱ مقرر می‌دارد که عبارات مبهم نباید به ضرر طرف ضعیف قرارداد تفسیر گردند. از مفهوم مخالف این بند چنین برداشت می‌شود که عبارات مبهم باید به نفع طرف ضعیف قرارداد تفسیر گردند، حتی اگر در قرارداد پیش روی دائن باشد.

۲-۵. حمایت از طرف ضعیف قرارداد در عقود تحمیلی در حقوق ایران

۱-۲-۵. تعدیل یا حذف شروط غیر منصفانه

در حقوق موضوعه ایران، حکمی که به قاضی اجازه تعدیل^۱ یا الغای شروط قراردادی را داده باشد، وجود ندارد. اما برخی نویسندگان با بررسی موضوع سعی کرده‌اند راه حل اختیار قاضی برای حذف شروط غیر منصفانه را به استناد ماده ۹۷۵ قانون مدنی و اصل ۱۴۰ قانون اساسی در نظم عمومی بیانند و آن‌ها را مهم‌ترین مبنا جهت کنترل قضایی شروط غیر منصفانه در حقوق ایران دانسته‌اند و شروط غیر منصفانه را مخالف نظم عمومی اقتصادی می‌دانند و معتقدند که بر این اساس

۱. این تعدیل با تعدیلی که بعضاً بر اثر غبن حادث در رویه قضایی ایران وجود دارد، متفاوت است؛ زیرا در عقد تحمیلی، شرایط قراردادی نابرابر از همان ابتدا موجود بوده و طرف ضعیف با آگاهی که از آن‌ها داشته است، عقد را پذیرفته است و حتی با وجود آگاهی کامل طرف ضعیف، قانون‌گذار مصرح به قاضی اجازه تعدیل قرارداد را داده است، اما تعدیلی که در رویه قضایی ایران پذیرفته شده است، به دلیل به هم خوردن شرایط قراردادی در طول قرارداد است.

و به استناد مواد دیگری^۱ قضات می‌توانند شروطی را که به شدت غیر منصفانه هستند، باطل دانسته و آن‌ها را در دادگاه قابل اجرا ندانند (کرمی، ۱۳۹۴: ۱۲۷-۱۳۱).

فارغ از مسئله نظم عمومی، قانون‌گذار ایران در تصویب قوانین جدید از جمله ماده ۱۷۹ قانون دریایی مصوب ۱۳۴۳ در مورد امکان تعدیل یا بطلان قراردادهای کمک و نجات در مواقع غیر منصفانه بودن شروط، قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲ در مورد عدم تأثیر شروط غیر منصفانه، قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶ در مورد شفافیت در شرط‌گذاری و ممنوعیت درج شروط ناعادلانه، ماده ۴۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب ۱۳۸۷ در مورد ممنوعیت شروط تحمیلی ناعادلانه، بند ۵ ماده ۱ قانون حمایت از مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۸۸ که شروط تحمیلی غیر عادلانه بر اساس عرف و عادت معاملات را از عناصر تبانی دانسته است، تمایل خود را به حمایت از طرف ضعیف قرارداد نشان داده است و رد پای امکان تعدیل شروط غیر منصفانه در آرای دادگاه‌های ایران به این دلیل که به طرف مقابل به شیوه غیر منصفانه تحمیل شده است، دیده می‌شود. در پرونده کلاسه ۹۷۰۹۹۸۲۱۶۴۲۰۰۶۰۵ شعبه ۵۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، در تصمیم نهایی شماره ۹۹۰۹۹۷۰۲۷۱۰۱۷۴۹، قاضی دادگاه وجه التزام تعیین شده توسط طرفین را تعدیل کرد، اما دیوان عالی کشور با صدور رأی وحدت رویه شماره ۸۰۵ در تاریخ ۱۳۹۹/۱۰/۱۶ وجه التزام تعیین شده توسط طرفین را هر مقدار که باشد، معتبر دانست و دادگاه‌ها را مکلف کرد که بر اساس توافق انجام شده رأی صادر کنند و این امر باعث شد که بیش از هر زمان دیگری، خلأ وجود قانونی مصرح در این زمینه آشکار شود.

۲-۲-۵. تفسیر قرارداد

۱-۲-۲-۵. قاعده عام تفسیر

در قوانین موضوعه ایران، قاعده‌ای با این عنوان وجود ندارد؛ ولی اصل برائت که

۱. ماده ۳۰ قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران مصوب ۱۳۵۴ مقرر می‌دارد: «سردفتران و دفتریاران موظف‌اند نسبت به تنظیم و ثبت اسناد مراجعین اقدام نمایند، مگر آنکه مفاد و مدلول سند، مخالف با قوانین و مقررات موضوعه و نظم عمومی یا اخلاق حسنه باشد، که در این صورت باید علت امتناع را کتباً به تقاضاکننده اعلام نمایند».

مبنای این قاعده است، در ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی و ۱۶۸ آیین دادرسی مدنی به صراحت آمده است.

۲-۲-۲-۵. قاعده خاص تفسیر

قوانین موضوعه ایران، قاعده خاصی را در این زمینه پیش‌بینی نکرده‌اند. این گونه قراردادهای انحصاری، تفسیر خاصی را ایجاب می‌کند. در اینجا دیگر صحبت از احراز مقصد مشترک طرفین نیست، بلکه سخن از اجرای عدالت در این رابطه است؛ یعنی در این گونه قراردادهای، سلسله قواعدی وجود دارد که دنیا به آن اتکا می‌کند و شما ناچارید که در تفسیر، رعایت آن قواعد را بکنید؛ از جمله اینکه هر شرط مبهم به سود کسانی تعبیر می‌شود که به آن قرارداد ملحق شده‌اند. فرض این است که یک طرف با تأمل، قرارداد را تنظیم کرده و طرف دیگر، هیچ دخالتی در این کار نکرده است. بنابراین اگر خطایی رخ دهد و شرطی مبهم بماند، باید دامنگیر کسی بشود که آن را تهیه کرده است؛ چون فرض این است که قرارداد را به سود خود تهیه کرده است. یکی از مصداق‌های مهم اجرای چنین قاعده‌ای، قراردادهای بیمه است. در این زمینه با توجه به اینکه این مضمون به صورت قاعده درآمده است که «در قراردادهای بیمه هر شرط مبهمی به سود بیمه‌گذار تعبیر می‌شود»، چون بیمه‌گر این شرایط را تعیین می‌کند و در اختیار بیمه‌گذار می‌گذارد (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۲۸۶).

۳-۵. حمایت از طرف ضعیف قرارداد در عقود تحمیلی در فقه اسلامی

۱-۳-۵. تعدیل یا حذف شروط غیر منصفانه

در فقه اسلامی، حمایت از طرف ضعیف قرارداد همواره و همه جا مورد توجه فقیهان اسلامی و حتی یکی از اهداف مهم فقه بوده است. مهم‌ترین مبانی موجود در فقه اسلامی را در مورد حذف یا تعدیل قرارداد در راستای دستیابی به این هدف مهم بررسی می‌کنیم:

۱-۱-۳-۵. قاعده لاضرر

این قاعده از مهم‌ترین و شایع‌ترین قواعد فقهی است که مفاد آن مورد قبول تمامی

فقه‌های امامیه و اهل سنت است و در ابواب مختلف فقهی و مسائل مختلف به آن استناد شده است.

فقه‌ها در باب دلالت حدیث «لاضرر» بر موضوعات فقهی و اینکه به استناد این حدیث می‌توان متعهدی را از اجرای تعهد معاف کرد یا تعهدی را به حالت تعدیل درآورد، چهار نظریه را به صورت زیر مطرح کرده‌اند:

با بررسی نظریات مختلف (انصاری، ۱۴۲۰: ۳۹/۱؛ آخوند خراسانی، ۱۳۶۶: ۷۰؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۹۴/۲؛ محقق داماد، ۱۳۷۰: ۲۵) در مورد قاعده لاضرر، قدر متیقن قاعده لاضرر این است که شارع فعل ضرری را نفی کرده است. قاعده لاضرر با شروط تحمیلی غیر منصفانه از آن جهت قابل بررسی است که طرف ضعیف قرارداد هنگام پذیرش قرارداد، در یکی از حالات علم یا جهل نسبت به شرط غیر منصفانه قرار داشته است. در فرض جهل با «خیار غبن» مواجهیم که قاعده «لاضرر» یکی از مستندات «خیار غبن» است (کریمی، ۱۳۸۱: ۸۲)؛ اما در فرضی که طرف ضعیف با آگاهی علیه خود اقدام می‌کند، بحث تعارض «قاعده لاضرر» و «قاعده اقدام» پیش می‌آید که قاعده اقدام مانع از اعمال قاعده لاضرر می‌شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۷۶۴/۲). البته «اقدام» در مواردی مؤثر است که شخص با علم به نتیجه و ضرری که به او می‌رسد، اقدام به فعل نماید. علاوه بر این، شیخ انصاری با این تعبیر که «اقدام خود مطلبی است نیازمند دلیل که ما آن را نیافته‌ایم»، حجیت قاعده اقدام را تضعیف می‌کند (انصاری، ۱۴۲۲: ۲۳۶/۳).

همچنین گفته شده که مفاد حدیث امتنانی است و شامل جایی نمی‌شود که بر ضرر اقدام شده باشد و فرقی بین علم و جهل طرف ضعیف نیست (مصطفوی، ۱۴۰۹: ۱۲۵). وجود برخی شواهد تاریخی منقول در کتب روایی و فقهی نیز می‌تواند مؤیدی بر قابلیت تأثیر قاعده لاضرر در تعدیل قرارداد باشد. در ماجرای که در کتاب *وسائل الشیعه* از قضاوت امام صادق علیه السلام ذکر شده است، چنین نتیجه‌ای قابل استنباط است. از امام علیه السلام در مورد شتر مریمی که شخصی آن را ۱۰ درهم خرید تا نحر کند، بعد از خریدن و قبل از نحر، شخصی دیگر پوست و سر شتر را به ۲ درهم خرید، اما شتر سلامت شد و قیمت آن بالا رفت و شخص ثالث پوست و سر شتر را مطالبه کرد، سؤال شد. امام فرمود:

«مقدار ترقی قیمت پوست و سر شتر را به مبلغ ۲ درهم اضافه کرده و به او پس بدهند، ولی او حق ندارد نحر شتر را بخواند؛ زیرا درخواست او موجب اضرار صاحب شتر است» (حزّ عاملی، ۱۴۱۴: ۲۷۷/۱۷).

۲-۱-۳-۵. عسر و حرج

از جمله نظریات مهمی که می‌تواند مبنای رویه قضایی در پذیرش تجدیدنظر و منع اجرای تعهد اولیه یا تعدیل آن باشد، نظریه مستند بر قاعده فقهی نفی عسر و حرج است. بر اساس این قاعده، هر گاه نتیجه اجرای حکمی، ایجاد مشقت و سختی نامتعارف بر مکلف (متعهد) باشد، بنا به حکم ثانوی ساقط و فرد از اجرای تکلیف (تعهد) معاف می‌شود. فقها عسر و حرج را در احادیث و اخبار به یک معنا گرفته‌اند و برخی حرج را مرحله‌ای شدیدتر از عسر معنا کرده و گفته‌اند اگر تکلیف سخت‌تر از عسر باشد و انسان را دچار مشقت شدید و ضیق کند، بی‌آنکه انجام تکلیف را غیر ممکن سازد، حرجی خواهد بود (نراقی، ۱۴۰۸: ۶۱). قاعده نفی عسر و حرج، مستنداتی از قرآن و احادیث دارد؛ از جمله آیات ۷۸ سوره حج و ۱۸۵ سوره بقره که علت برداشته شدن حکم روزه برای مسافر و مریض را دشوار شدن آن بر مکلف می‌داند و غیر از قرآن که منبع اصلی و اولیه قاعده است، احادیث فراوانی نیز در تأکید نفی حکم ضرری وجود دارند؛ برای نمونه از قول امام صادق علیه السلام به عدم جعل حکم حرجی در دین اشاره شده است (حزّ عاملی، ۱۴۱۴: ۲۵۹/۲۳).

۳-۱-۳-۵. قاعده اضطرار

با وجود اضطرار، تکلیف از عهده مکلف برداشته می‌شود؛ بدین معنا که مکلف را از موضوع حکم شرعی خارج می‌کند. بنابراین اضطرار جواز ارتکاب حرام یا ترک واجب است؛ مانند خوردن مردار یا ترک نماز که در شرایط عادی حرام و در حال اضطرار حلال است (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶: ۵۴۴/۱).

بعضی از فقها به رغم قائل بودن به صحت معامله مضطر، از جهت اخلاقی و انسانی بر طرف قدرتمند قرارداد واجب دانسته‌اند که از شرایط به وجود آمده برای شخص مضطر سوءاستفاده نکند (موسوی خمینی، ۱۴۲۴: ۲۵۱/۵) و اگر زمینه قرارداد به گونه‌ای

باشد که یک طرف قرارداد از روی اضطرار، هرچند بدون اکراه به آن تن دهد، آن قرارداد منصفانه نیست (منتظری نجف‌آبادی، ۱۴۰۹: ۴۰۸/۳).

بنابراین رعایت انصاف و عدالت در معامله مضطر ضروری است و حتی می‌توان قائل به حرمت سوءاستفاده شدید از حالت اضطرار گردید و این حکم تکلیفی را نسبت به حکم وضعی معامله نیز تسری داد و معامله طرف ضعیف قرارداد را در فرضی که حالت اضطرار وی از سوی طرف قوی مورد سوءاستفاده قرار گرفته است، قابل تعدیل دانست.

۴-۱-۳-۵. تسعیر (قیمت‌گذاری)

«تسعیر» از ریشه «سَعَر»، به معنای بالا رفتن شعله آتش آمده است. وقتی گفته می‌شود: «سُعِرَتِ الشَّيْءُ تَسْعِيرًا»، به معنای تعیین نرخ و توافق کردن بر یک قیمت است (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۱۹۹). در زبان فارسی نیز «تسعیر» به معنای نرخ‌بندی کالا است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۱۹۸).

معنای اصطلاحی آن از معنای لغوی دور نیفتاده است. در این معنا، «تسعیر» عبارت است از اینکه حاکم یا نایب یا کسی که تولیت امور مسلمانان را در دست دارد، به اهل بازار دستور دهد که کالاهایشان را به مبلغ معینی بفروشند (شوکانی، ۲۰۰۵: ۲۲۰). همچنین از دیدگاه فقهای امامیه، «تسعیر» قیمت‌گذاری حاکم یا نایب او و اجبار بر معامله بر اساس آن قیمت است (مغنیه، ۱۳۸۶: ۱۴۶).

غالب فقیهان مذاهب اسلامی، حکم اولیه تسعیر را حرمت دانسته‌اند (نوی، ۱۴۱۵: ۱۳۱/۳؛ ابن قدامه مقدسی، ۱۴۱۴: ۱۵۶/۴؛ زحیلی، ۱۴۱۸: ۲۶۹۶/۴؛ طوسی، ۱۳۸۷: ۱۹۵/۲؛ محقق داماد، ۱۳۶۲: ۸۱). با وجود این، در فقه شافعی مفهومی تحت عنوان سیاست شرعیه وجود دارد که به معنای اقداماتی است که بیشتر به اصلاح نزدیک است و جامعه را از تباهی و فساد دور می‌کند، هرچند که در شرع نیامده باشد (ابن قیّم جوزیه، ۲۰۰۰: ۱۴). در فقه امامیه، معادل آن اختیارات حاکم اسلامی و احکام حکومتی وجود دارد که حاکم جامعه اسلامی در قالب یک نظارت مطلقه بر تمام ارکان جامعه اشراف و زعامت دارد و با وضع احکام حکومتی از بروز هر گونه ناهماهنگی و نابسامانی جلوگیری می‌نماید.

مطهری معتقد است که حکومت اسلامی حق دارد در یک سلسله معاملاتی که از نظر فردی مجاز است از روی مصالحی که تشخیص می‌دهد، جلوی آزادی اولی را که خود شارع داده است، بگیرد (مطهری، ۱۳۷۱: ۱۱۳). توفیق حاکم اسلامی در اداره جامعه، مستلزم داشتن حق نظارت بر تمام ارکان جامعه است؛ لذا می‌تواند با تأسیس نهادهای نظارتی بر اقتصاد نظارت کند و از لجام گسیختگی آن ممانعت به عمل آورد. همچنین بر اساس مبانی فقهی برخی از فقها، دولت اسلامی موظف است اقتصاد اسلامی را در راستای محقق ساختن اصل کفالت و توازن به سمتی سوق دهد که مصالح عامه تأمین گردد. در این نگرش، مالکیت خصوصی و قراردادهای ناشی از آن به وسیله توزیع عادلانه ثروت و سازوکار قیمت‌گذاری در شرایط خاص بر محور مصلحت‌اندیشی حکومت اسلامی تحدید می‌شود (صدر، ۱۳۵۰: ۱۸۲).

در متون فقهی غالباً در باب احتکار از تسعیر سخن به میان آمده است. با وجود این، در جایی که قیمت کالا موجب ضرر شود، تسعیر وجود دارد و با تنقیح مناط می‌توان ادلهٔ مربوط به تسعیر را به تمامی موارد ضرر و اجحاف سرایت داد. جواز اجبار محتکر بر فروش اجناس احتکاری، مورد اتفاق فقهای شیعه و اکثر فقهای اهل سنت است (انصاری، ۱۳۷۸: ۳۷۳/۴؛ زحیلی، ۱۴۱۸: ۲۶۹۶/۴). با اینکه بسیاری از فقها با تعیین نرخ قیمت اجناس احتکاری مخالفت کرده‌اند (علامه حلی، ۱۴۰۹: ۲۱/۲؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۲۳۹/۲)، اما شیخ مفید و برخی از فقهای اهل سنت قائل به جواز قیمت‌گذاری شده‌اند (زحیلی، ۱۴۱۸: ۲۶۹۵/۴؛ مغنیه، ۱۴۱۷: ۶۱۶).

همچنین در کنفرانسی که کشورهای اسلامی جهت بررسی عقد تحمیلی در سال ۲۰۰۴ در دوحه تشکیل دادند، در مورد امکان حذف یا تعدیل شروط غیر منصفانه در عقد تحمیلی به صورت زیر نظر دادند:

«هر گاه عقد تحمیلی، متضمن شروط ظالمانه و یا غیر منصفانه علیه طرف ضعیف قرارداد باشد، مقام قضایی باید به منظور حمایت از طرف ضعیف قرارداد در آن دخالت کند و با تعدیل یا لغو شرط ظالمانه، ظلم و ضرر را از اشخاص نیازمند به کالا دفع کند» (مجله مجمع الفقه الاسلامی، ۲۰۰۴: ۵۳۴).

۵-۳-۲. تفسیر عقد تحمیلی

۵-۳-۱. قاعده عام تفسیر

در فقه اسلامی نیز قاعده‌ای با این عنوان وجود ندارد، ولی مفاد آن در کتب اصولی و قواعدی که در باب قضا به آن‌ها استناد می‌شود، دیده می‌شود؛ برای مثال، مطابق با اصل براءت، تعهدات مشکوک بر عهده مدیون قرار نمی‌گیرند و اثبات آن نیاز به دلیل قطعی از جانب دائن دارد (موسوی خویی، ۱۳۷۴: ۱۹۴).

«ابن نجیم» از فقهای حنفی، مبنای این قاعده را در سه قاعده زیر می‌داند:

۱- «إِنَّ الْيَقِينَ لَا يَزُولُ بِالشَّكِّ»؛

۲- «إِنَّ الْأَصْلَ بقاء ما كان على ما كان»؛

۳- «إِنَّ الْأَصْلَ براءة الذمّة».

در نتیجه هر گاه در مدیون بودن مدیون شک کردیم، با توجه به قواعد فوق استصحاب می‌کنیم که او بری‌الذمه است و تفسیر را در راستای مصلحت او انجام می‌دهیم (سنهوری، ۱۹۵۴: ۴۴۳).

با بررسی‌های صورت گرفته در باب تفسیر عقد در فقه اسلامی به این نتیجه می‌رسیم که قاعده تفسیر شک به نفع متعهد یا ملتزم در فقه اسلامی پذیرفته شده است و عقد تحمیلی مانند سایر عقود داخل در احکام این تفسیر می‌شود.

مقایسه قوانین مصر، ایران و فقه اسلامی نشان می‌دهد که در تفسیر به نفع متعهد مشابه‌اند، با این تفاوت که در قانون مصر این مهم صراحتاً آمده است.

۵-۳-۲. قاعده خاص تفسیر

در فقه اسلامی، این امر با قواعد شریعت و مقاصد آن موافق است که از قاعده «جلب المصالح ودرء المفاسد» و حدیث «لا ضرر ولا ضرار» مستفاد می‌شود؛ به این صورت که با عنایت به قاعده مذکور باید مانع ورود ضرر شد و اگر ضرر واقع شد، باید دفع شود و حدیث مذکور جمیع انواع ضررها را به هر صورتی که باشند، منع می‌کند.

در اینجا قاضی در مقام تفسیر باید به قواعد عام عدالت عمل کند و عقد را به نفع

طرف ضعیف قرارداد تفسیر کند و سعی کند شروط غیر منصفانه و شروطی را که منجر به تحمیلی شدن عقد می‌شوند، پیدا کند تا بتواند وصف تحمیلی را بر عقد مذکور بدهد و از این طریق از طرف ضعیف حمایت کند. دخالت قاضی با اقتضای ولایت عام او به جهت تعدیل قرارداد تحمیلی، موافق اراده و مقتضای عقد است، اما مخالف اصول عامه در شریعت اسلامی است (معوض، ۲۰۰۴: ۱۹۴).

در ماده ۱۴۹ قانون مدنی مصر، طرف ضعیف قرارداد در عقد تحمیلی مورد حمایت قانون گذار است.

در مصر، طرف ضعیف قرارداد در عقود تحمیلی مورد حمایت قانونی است. این حمایت در ماده ۱۴۹ قانون مدنی از طریق حذف یا تعدیل شروط غیر منصفانه و در ماده ۱۵۱ همین قانون از طریق تفسیر قرارداد، با وضع دو قاعده عام و خاص تفسیر پیش‌بینی شده است.

در ایران، حمایت از طرف ضعیف قرارداد در عقود تحمیلی به صورت حذف یا تعدیل شروط غیر منصفانه قانون‌گذاری نشده است؛ اما با مبانی و اصول حقوقی موجود می‌توان از طریق حمایت قضایی، عقد تحمیلی را کنترل و شروط غیر منصفانه آن را تعدیل یا حذف کرد.

قاعده عام تفسیر هم در قوانین موضوعه ایران تصریح نشده است؛ اما مبنای آن که اصل برائت است، در قوانین موضوعه ایران به صراحت پیش‌بینی شده است که می‌توان با توجه به این اصل در زمانی که طرف ضعیف قرارداد مدیون است، از او حمایت کرد، اما در مورد قاعده خاص تفسیر، یعنی زمانی که طرف ضعیف دائن باشد، قاعده خاصی را وضع نکرده است و از این لحاظ، قانون مصر برتری دارد.

در فقه اسلامی نیز حمایت از طرف ضعیف قرارداد در عقد تحمیلی، چه از طریق حذف یا تعدیل شروط غیر منصفانه و چه قواعد عام و خاص تفسیر پیش‌بینی نشده است، اما با وجود ظرفیت‌ها و قواعد فقهی می‌توان شروط غیر منصفانه را از قرارداد حذف یا تعدیل کرد و یا قرارداد را جهت حمایت از طرف ضعیف، چه دائن باشد و چه مدیون، تفسیر کرد؛ به این دلیل که حمایت از طرف ضعیف قرارداد در تمامی حالات با قواعد و مقاصد شریعت موافق است.

نتیجه‌گیری

از مجموع آنچه گفته شد، می‌توان به نتایج زیر دست یافت:

۱- شرط تحمیلی غیر از شرط غیر منصفانه است و یک شرط ممکن است تحمیلی باشد، اما غیر منصفانه نباشد و لزوم مقابله با شروط تحمیلی زمانی است که این شروط غیر منصفانه باشند.

۲- عقد تحمیلی در حقوق مصر به عنوان یک عقد معتبر و صحیح پذیرفته شده است و برخی از فقهای اسلامی کوشیده‌اند عقد تحمیلی را در قالب عقود مشهور از جمله بیع مضطر و احتکار توجیه کنند. با وجود این، عقد تحمیلی در قالب هیچ یک از عقود قابل توجیه نیست و یک عقد جدید مستقل با احکام خاص خود است و با نگاهی تطبیقی به عقود تحمیلی در حقوق مصر معلوم می‌شود که اعمال مناسب عقد تحمیلی نه تنها با قواعد فقهی و حقوق ایران مغایرت ندارد، بلکه اقتضای نظم عمومی و روابط تجاری امروزی است و ظرفیت پذیرش آن در فقه اسلامی و حقوق ایران وجود دارد.

۳- عقد تحمیلی ممکن است مورد سوءاستفاده طرف قدرتمند قرار گیرد و شروط تحمیلی آن به صورت غیر منصفانه تنظیم شوند. لذا عدالت اقتضا می‌کند که طرف ضعیف قرارداد مورد حمایت قرار گیرد. حمایتی که حقوق طرف ضعیف را در عقد تحمیلی تأمین می‌کند، تعدیل شروط یا معاف کردن طرف ضعیف از اجرای آن‌ها با حفظ اصل عقد است و ضمانت اجرای بطلان، فسخ و عدم نفوذ نمی‌تواند حقوق و منافع طرف ضعیف را که نیازمند به انعقاد عقد است، تأمین کند.

۴- در کشور مصر، قانون‌گذار به قاضی اجازه داده است که اگر عقد به صورت تحمیلی منعقد شد و متضمن شروط غیر منصفانه بود، قاضی آن شروط را تعدیل یا طرف ضعیف را از اجرای آن‌ها معاف کند و در مقام تفسیر، قرارداد را به نفع طرف ضعیف تفسیر کند، حتی اگر دائن باشد.

۵- در فقه اسلامی به استناد قواعدی چون «لاضرر»، «اضطرار»، «منع عسر و حرج» و قواعد مشابه دیگری می‌توان از طرف ضعیف قرارداد در عقود تحمیلی حمایت

کرد و مذاهب اسلامی در این زمینه اتفاق نظر دارند. در قوانین موضوعه ایران، قانون‌گذار در تصویب قوانین خاص، تمایل خود را به حمایت از طرف ضعیف در عقود تحمیلی نشان داده است. با وجود این، جهت جلوگیری از صدور آرای متفاوت، وضع ماده‌ای جامع و مشتمل بر وضعیت عقد تحمیلی اجتناب‌ناپذیر است.

۶- پیشنهاد می‌شود در قانون مدنی ایران، موادی به شرح ذیل پیش‌بینی شود:

«الف- عقد تحمیلی عقدی است که در آن، طرف قدرتمند شرایط و مفاد عقد را تنظیم می‌کند و طرف ضعیف بدون داشتن حق مذاکره و گفت‌گو، یا باید تمام شرایط عقد را بپذیرد یا از انعقاد آن منصرف شود.

ب- هر گاه عقدی به صورت تحمیلی منعقد شود و متضمن شروط ناعادلانه یا غیر منصفانه و یا ظالمانه باشد، قاضی باید به مقتضای انصاف و عدالت، آن شروط را تعدیل و یا طرف ضعیف را از اجرای آن‌ها معاف کند و در مقام تفسیر قرارداد، مصلحت طرف ضعیف را در نظر بگیرد».

کتاب‌شناسی

۱. قرآن کریم.
۲. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، *کفایة الاصول*، تهران، کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۶۶ ش.
۳. ابراهیمی، گیتی، *اعمال قواعد عمومی قراردادها در شروط تحمیلی*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه تهران، ۱۳۸۰ ش.
۴. ابن ادريس حلی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۵. ابن اعرابی، ابوسعید احمد بن محمد بن زیاد، *طبقات النساك*، بیروت، ۱۹۹۵ م.
۶. ابن فارس، ابوالحسین احمد، *معجم مقاییس اللغة*، تحقیق عبدالسلام محمد هارون، لبنان، دار الفکر، ۱۹۷۹ م.
۷. ابن قدامه مقدسی، موفق‌الدین عبدالله بن احمد بن محمد، *المغنی علی مختصر الخرقی*، تصحیح عبدالسلام محمدعلی شاهین، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۴ ق.
۸. ابن قیم جوزیه، شمس‌الدین ابوعبدالله محمد بن ابی‌بکر بن ایوب، *جامع الفقه*، مصر، دار الوفاء - دار الوراق، ۲۰۰۰ م.
۹. ابن منظور افریقی مصری، ابوالفضل جمال‌الدین محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، دار صادر، ۱۴۱۴ ق.
۱۰. اسدی، عباس، محمدباقر پارساپور، و حسن بادینی، «حمایت از طرف ضعیف قرارداد از طریق حقوق اساسی»، *فصلنامه پژوهشی حقوق خصوصی*، سال ششم، شماره ۲۳، تابستان ۱۳۹۷ ش.
۱۱. انصاری، مرتضی بن محمدامین، *کتاب مکاسب*، ج ۱، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۰ ق.
۱۲. همو، *کتاب مکاسب*، ج ۳، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۲ ق.
۱۳. بودالی، محمد، *الشروط التعسفية فی العقود فی القانون الجزائری؛ دراسة مقارنة مع قوانین فرنسا و آلمانیة و مصر، الجزائر*، دار هومه، ۲۰۰۷ م.
۱۴. بوکماش، محمد، *سلطة القاضی فی تعديل العقد فی القانون المدنی الجزائری و الفقه الاسلامی*، رساله دکتری دانشگاه حاج الخضر، ۲۰۱۲ م.
۱۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *دوره حقوق مدنی: حقوق تعهدات*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۷ ش.
۱۶. همو، *وسیط در ترمینولوژی حقوق*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۰ ش.
۱۷. 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.
۱۸. جواهری، حسن، «عقود الأذعان»، *مجلة مجمع الفقه الاسلامی*، عربستان سعودی، جده، دوره چهاردهم، شماره ۱۴، ۲۰۰۴ م.
۱۹. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، قم، مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۲۰. حسینی مراغی، سید میرعبدالفتاح بن علی، *العناوین الفقهیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۲۱. حماد، نزه کمال، «عقود الأذعان»، *مجلة مجمع الفقه الاسلامی*، عربستان سعودی، جده، دوره چهاردهم، شماره ۱۴، ۲۰۰۴ م.
۲۲. رسلان، انور، *الموجز فی مصادر الالتزام*، مصر، اسکندریه، منشأة المعارف، ۱۹۹۶ م.
۲۳. زحیلی، وهبة بن مصطفى، *الفقه الاسلامی وادلته*، دمشق، دار الفکر، ۱۴۱۸ ق.

۲۴. زمخشری، جاراالله ابوالقاسم محمود بن عمر خوارزمی، *الكشاف عن حقائق غوامض التنزیل و عیون الاقاویل فی وجوه التأویل*، ریاض، مكتبة العیكان، ۱۹۹۸ م.
۲۵. ساعی، سیدمحمدهادی، و فتح‌الله عطاردی، «شروط تحمیلی در قرارداد مصرف در حقوق ایران و مصر»، *مجموعه مقالات سومین کنگره بین‌المللی علوم انسانی اسلامی*، کمیسیون تخصصی فقه و حقوق اسلامی، دوره سوم، جلد ۶، ۱۰/۸/۱۳۹۴ ش.
۲۶. سانو، قطب مصطفی، «عقود الاذعان»، *مجلة مجمع الفقه الاسلامی*، عربستان سعودی، جده، دوره چهاردهم، شماره ۱۴، ۲۰۰۴ م.
۲۷. سعدی، محمد صبری، *الواضح فی شرح القانون المدنی؛ النظرية العامة للالتزامات - مصادر التزام؛ العقد والارادة المنفردة*، الجزائر، دار الهدی، ۲۰۰۹ م.
۲۸. سنهوری، عبدالرزاق احمد، *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید؛ نظرية الالتزام بوجه عام*، بیروت، دار الفکر، ۱۹۹۸ م.
۲۹. شرافت، محمدظاهر، و علیرضا اسدپور طهرانی، «قابلیت تسری ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیک (شروط غیر منصفانه) به سایر عقود»، کنفرانس ملی اندیشه‌های نوین و خلاق در مدیریت، حسابداری، مطالعات حقوقی و اجتماعی، دوره یکم، ۱۳۹۷ ش.
۳۰. شوکانی، محمد بن علی بن محمد، *نیل الاوطار شرح منتهی الاخبار*، ریاض، بیت الافکار الدولیه، ۲۰۰۵ م.
۳۱. شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی - جلد اول؛ تشکیل قراردادها و تعهدات*، چاپ سیزدهم، تهران، مجد، ۱۳۹۶ ش.
۳۲. صدر، سیدمحمدباقر، *اقتصاد ما*، ترجمه محمدکاظم موسوی، تهران، برهان، ۱۳۵۰ ش.
۳۳. صده، عبدالمنعم فرج، *نظرية العقد فی قوانین البلاد العربیه*، بیروت، دار النهضة العربیه، ۱۹۷۴ م.
۳۴. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، *العروة الوثقی*، چاپ دوم، بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹ ق.
۳۵. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الامامیه*، تهران، المكتبة المرتضویه، ۱۳۸۷ ق.
۳۶. عبدالدام، حسنی محمود، *العقود الاحتکارية بین الفقه الاسلامی و القانون المدنی؛ دراسة مقارنة*، مصر، اسکندریه، دار الفکر الجامعی، ۲۰۰۸ م.
۳۷. علامه حلی، ابومنصور جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *تذکرة الفقهاء*، قم، مؤسسه آل‌البیته، ۱۴۰۹ ق.
۳۸. عنتر، ابراهیم، و ذنوت یوسف صالح، «التنظیم التشريعی لعقود الاذعان فی القانون المدنی العراقی»، *مجلة جامعة تکريت للعلوم القانونية و السیاسیه*، شماره ۵، ۲۰۰۲ م.
۳۹. غزالی، حسن بن احمد بن محمد، *انشاء الالتزام فی حقوق العباد*، ریاض، دار عالم الکتب، ۱۹۹۸ م.
۴۰. فرفور، محمد عبداللطیف صالح، «عقود الاذعان»، *مجلة مجمع الفقه الاسلامی*، عربستان سعودی، جده، دوره چهاردهم، شماره ۱۴، ۲۰۰۴ م.
۴۱. کاتوزیان، ناصر، «تفسیر قرارداد»، *مجلة دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، دانشگاه تهران، شماره ۷۰، زمستان ۱۳۸۴ ش.
۴۲. همو، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱ ش.
۴۳. کرمی، سکینه، «نظم عمومی؛ ابزاری برای کنترل قضایی شروط ناعادلانه»، *مجلة حقوقی دادگستری*، سال هفتاد و نهم، دوره ۷۹، شماره ۹۱، پاییز ۱۳۹۴ ش.

۴۴. کریمی، عباس، «شروط تحمیلی از دیدگاه قواعد عمومی قراردادها»، مجله پژوهش‌های حقوقی، سال اول، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۸۱ ش.
۴۵. لعشبن محفوظ بن حامد، عقد الاذعان فی قانون المدنی الجزائری و المقارن، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، ۱۹۹۰ م.
۴۶. محقق داماد، سیدمصطفی، تحلیل و بررسی احتکار از نظرگاه فقه اسلام، قم، اندیشه‌های نو در علوم اسلامی، ۱۳۶۲ ش.
۴۷. همو، قواعد فقه؛ بخش مدنی ۲، چاپ چهارم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۰ ش.
۴۸. مصطفوی، سیدمحمدکاظم، القواعد؛ مائة قاعدة فقهية معنی و مدرگا و موردکا، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۹ ق.
۴۹. مطهری، مرتضی، بررسی اجمالی مبانی اقتصاد اسلامی، تهران، صدرا، ۱۳۷۳ ش.
۵۰. معوض، فؤاد محمود، دور القاضی فی تعديل العقد، مصر، دار الجامعة الجديدة، ۲۰۰۴ م.
۵۱. مغنیه، محمدجواد، الفقه على المذاهب الاربعة و الامام جعفر الصادق عليه السلام، قم، دار المنشورات الاسلامی، ۱۳۸۶ ش.
۵۲. همو، فقه الامام جعفر الصادق عليه السلام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۵۳. مکی، ریما فرح، تصحيح العقد؛ دراسة مقارنة، لبنان، المؤسسة الحديثة للكتاب، ۲۰۱۱ م.
۵۴. منتظری نجف آبادی، حسین علی، رساله استفتانات، قم، ارغوان دانش، ۱۴۰۹ ق.
۵۵. موسوی خمینی، سیدروح الله، کتاب البيع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۴ ق.
۵۶. ندوی، علی احمد، «عقود الاذعان»، مجلة مجمع الفقه الاسلامی، عربستان سعودی، جده، دوره چهاردهم، شماره ۱۴، ۲۰۰۴ م.
۵۷. نراقی، احمد بن محمد مهدی، عوائد الايام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، قم، مکتبه بصیرتی، ۱۴۰۸ ق.
۵۸. نووی، محی الدین ابوزکریا یحیی بن شرف، روضة الطالبین و عمدة المقتنین، بیروت، المکتب الاسلامی، ۱۴۱۵ ق.

امکان سنجی مسئول دانستن بیت‌المال در پرداخت خسارات جسمی وارده از ناحیه افراد فاقد قصد فعل*

- حسین هوشمند فیروزآبادی^۱
- احسان یاورى^۲
- حسن نقدیان^۳

چکیده

مطابق قواعد و اصول مسئولیت مدنی، هیچ خسارتی نباید بلاجبران باقی بماند. در جایی که شخصی واجد قصد فعل باشد، چه قصد نتیجه داشته باشد و چه نداشته باشد، در هر صورت ضامن است؛ اما در جایی که شخص بدون وجود اراده تام و بدون داشتن قصد فعل صرفاً به دلایلی مانند ارتعاش دست، باعث چکاندن ماشه‌ای و کشتن دیگری شود یا با حرکات غریزی در خواب، خسارت جانی وارد آورد یا با افعال غیر اختیاری‌اش مانند تنفس، بیماری را به دیگری سرایت داده و موجب مرگش شود، مسئله این است که آیا می‌توان علی‌رغم حتمیت ضمان به عنوان حکم وضعی، ضامن را تغییر داد و مسئولیت را متوجه دولت و بیت‌المال

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۸/۱۷ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۲/۳.

۱. استادیار گروه حقوق پژوهشگاه حوزه و دانشگاه (نویسنده مسئول) (hooshmand@rihu.ac.ir).
۲. استادیار گروه حقوق دانشگاه آیة‌الله العظمی بروجردی (ehsan.yavari@abru.ac.ir).
۳. عضو هیئت علمی دانشگاه آیة‌الله العظمی بروجردی (hasan.naghdiyan@abru.ac.ir).

نمود یا خیر؟ در این نوشتار، معافیت فاقد قصد فعل از ضمان در ایراد زیان جسمی، به دلیل عدم وجود رابطه سببیت (به عنوان مهم‌ترین رکن مسئولیت مدنی) اثبات گردیده است و بیت‌المال اولاً به موجب ادله‌ای چون «الخراج بالضمان» و «من له الغنم فعليه الغرم» با نگاه فقه حکومتی و ثانیاً با توجه به یکی از مجاری پرداخت زکات که عبارت است از «فی سبیل الله» و فقها آن را به پرداخت در جهت «مصحلت عمومی جامعه اسلامی» معنا کرده‌اند، ضمان پرداخت خسارت‌های جانی فاقد قصد فعل قرار داده شده است.

واژگان کلیدی: دولت، بیت‌المال، مسئولیت مدنی، اراده تام، قصد فعل، مسئولیت دولت.

۱. مقدمه

هر گاه زبانی به دیگران وارد آید، بحث مسئولیت مدنی مطرح می‌گردد. گاهی شخص زیان‌رساننده در ارتکاب فعل زیانبارش عمد دارد و نتیجه را دنبال می‌کند که در این صورت، شکی در مسئولیت مدنی وی برای جبران خسارت نیست. گاهی در ارتکاب فعلش اراده دارد، اما نتیجه مدّ نظرش نیست یا اصطلاحاً غیر عامدانه به دیگری خسارت وارد می‌آورد که در این صورت نیز به موجب ماده ۳۲۸ قانون مدنی، مسئولیت جبران خواهد داشت. گاهی شخص دچار خطای محض می‌شود؛ یعنی قصد فعل دارد، اما قصد فعل ضرری ندارد؛ یعنی می‌خواهد حیوانی را شکار کند، اما اشتبهاً به انسان شلیک می‌کند و در اینجا قصد چکاندن ماشه را دارد، اما قصد کشتن انسان را ندارد که در اینجا مطابق نظر مشهور فقها، عاقله ضامن است. اما گاهی اصلاً شخص قصد فعل ندارد و مثلاً به دلیل ارتعاش دستش ماشه چکانده می‌شود و خودش اصلاً قصد چکاندن ماشه را ندارد و یا اینکه خواب است و بدون هیچ گونه قصد فعلی، دستش به صورت فرد کنارش برخورد می‌کند و باعث خسارت می‌شود. در مواردی که شهروندی در جامعه بدون قصد فعل باعث ایراد زیان به دیگران می‌شود، پرسش این است که با توجه به اینکه خون هر مسلمانی احترام دارد و نباید هیچ خسارتی بلاجبران باقی بماند و از طرفی، عاقله کارکرد گذشته خود را از دست داده و ارتباطات خانوادگی به ویژه در شهرهای بزرگ کم‌رنگ شده است، آیا می‌توان مسئولیت جبران خسارت را

از دوش شهروند واردکننده زیان فاقد قصد فعل برداشت و مسئولیت را متوجه دولت و بیت‌المال نمود یا خیر؟

گرچه نظر مشهور فقها (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۷۳/۴) و حقوق‌دانان (قاسم‌زاده، ۱۳۸۷: ۱۲۵) بر مسئولیت مدنی داشتن شخص فاقد قصد فعل است، با این استدلال که ضمان از احکام وضعی است و در حکم وضعی بر خلاف احکام تکلیفی، تمیز و عقل شرط نیست، اما امکان‌سنجی حفظ «ضمان» و «مسئولیت مدنی» به عنوان حکم وضعی و تغییر «ضامن» از شهروند واردکننده زیان بدون قصد فعل به دولت، مسئله مورد بررسی این مقاله می‌باشد.

بدیهی است که حذف مسئولیت شخصی و برقراری مسئولیت اجتماعی برای دولت در مواردی که شهروند هیچ اختیاری نداشته و خسارتی وارد آمده است، افزون بر اینکه حمایت از شهروند فاقد قصد فعل را در پی دارد، منجر به بالا بردن سطح تأمین اجتماعی کشور و ایجاد احساس رفاه در شهروندان می‌گردد.

لازم به تذکر است که هرچند ضمان بیت‌المال در مواردی مانند اعسار یا فرار جانی یا کشتن مهاجم توسط مدافع یا بیشتر بودن دیه از تعداد عاقله یا اجرای حد یا تعزیر موجب قتل، قبلاً مورد بررسی قرار گرفته است (صادقی، ۱۳۹۱: ۱۲۹-۱۶۴؛ ایزانلو و میرشکاری، ۱۳۹۰: ۹۰-۷۴)، اما موضوع مقاله حاضر که عبارت است از امکان‌سنجی ضمان بیت‌المال نسبت به شخص فاقد قصد فعل، بدیع بوده و قبلاً مورد بررسی قرار نگرفته است. علاوه بر این، قسمت ابتدایی نوشتار پیش رو یعنی بررسی ضمان شخص فاقد قصد فعل نیز تا کنون به صورت ویژه بررسی نگردیده است.

جهت بررسی این موضوع، ابتدا مفهوم قصد فعل و تفکیک آن از قصد نتیجه را بیان می‌داریم و سپس امکان معافیت شخص فاقد قصد فعل را از جهت رابطه سببیت در زیان‌های جسمی بررسی می‌کنیم و در ادامه، ضمن بررسی اقوال فقها ذیل مسئله، ادله قابل بررسی جهت ضامن دانستن دولت را مورد مذاقه قرار می‌دهیم.

۲. مفهوم «قصد»، «قصد فعل» و «قصد نتیجه»

قصد در کتب لغت به عزم و نیز به اراده تعریف شده است (عمید، ۱۳۷۸: واژه قصد).

به اعتقاد ابن منظور، قصد عزم و توجه است که سبب حرکت فرد به سمت چیزی می‌شود^۱ (ابن منظور، ۱۴۰۸: ۳/۳۵۵).

اراده مصدر باب افعال از ریشه «رود» است (همان: ۵/۳۶۵). از لحاظ لغوی به معنای طلب (طریحی، ۱۳۷۵: ۳/۵۶) و میل و رغبت آمده است (بستانی، ۱۳۷۵: ۳۸). در لغت‌نامه‌های فارسی هم اراده عبارت از: «خواستن، طلب کردن، قصد و آهنگ و عزم» دانسته شده است (معین، ۱۳۸۱: ۱۱۳/۱). برخی نیز از اراده به «حرکت نفس به طرف کار معین پس از تصور و تصدیق منفعت آن» تعبیر کرده‌اند (خاطری، ۱۳۹۰: ۷۶). برخی بر این باورند که اراده خود متضمن دو کارکرد است: یکی کارکرد روانی، مربوط به جایی است که فرد با بررسی و سنجش موقعیت‌ها و تصدیق یکی از آن‌ها تصمیم به ارتکاب آن می‌گیرد که این خود نیازمند قدرت ذهنی فرد در کنترل فعل و انفعالات روانی است. دیگری کارکرد مادی، مربوط به جایی است که ذهن با قدرت کنترل بر اعضای بدن، هدایت آن‌ها را برای ارتکاب رفتار بر عهده می‌گیرد (رک: صادقی و تنهایی، ۱۳۹۶: ۴۵).

باید توجه داشت که قصد فعل (عمد در عمل) یا ارادی بودن رفتار با عمدی بودن متفاوت است و صرف ارادی بودن رفتار مرتکب، مساوی با عمدی بودن آن نیست. رفتاری ارادی است که فرد با طی نمودن مقدمات فعل ارادی اعم از تصور و تصدیق، آن را مرتکب گردد، و اراده تنها به اصل رفتار تعلق می‌گیرد؛ اما رفتاری عمدی است که علاوه بر ارادی بودن، علم مرتکب به خصوصیات آن و نیز موضوع جرم تعلق گیرد، یعنی مرتکب به نتیجه جرم توجه دارد (مرادی و شهبازی، ۱۳۹۴: ۶۷). به عبارت دیگر، هر عمل عمدی ارادی است، ولی هر عمل ارادی عمدی نیست (دیلمی، ۱۳۸۹: ۶۶)؛ یعنی قصد، دارای حداقل و حداکثری است و مراد از قصد، تنها عمد نیست، بلکه قصد اعم از عمد است؛ حداقل قصد، وجود اراده در اصل عمل است و حداکثر آن عمد در فعل است (ولیدی، ۱۳۸۸: ۲۴۹). در حقوق کیفری برای تحقق قصد فعل، مرتکب باید رفتار مجرمانه را از روی اراده و اختیار انجام داده باشد، نه اینکه در اثر عواملی چون جنون و مستی، اجبار و خواب مصنوعی، هیچ گونه اختیاری در ارتکاب رفتار مجرمانه

۱. «الاعتزام والتوجه والنهوض والنهوض نحو الشيء».

نداشته باشد (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۲: ۹۴). در مسئولیت مدنی نیز قصد فعل، حالتی از قصد را شامل می‌شود که در آن مرتکب قصد رفتاری را داشته باشد (یعنی قصد و اراده ارتکاب فعل)، بدون توجه به اینکه آیا قصد نتیجه (قصد اضرار) داشته باشد یا نداشته باشد. بدیهی است که فاقد قصد فعل الزاماً فاقد قصد نتیجه نیز هست، اما واجد قصد فعل ممکن است قصد نتیجه داشته یا نداشته باشد.

به عبارت دیگر، اراده خودآگاه مرتکب در ارتکاب عمل را قصد فعل گویند؛ برای مثال در جایی که فردی بر اثر ورزش باد منحرف شده و به شخص یا شیء دیگری برخورد کند، قصد فعل مفقود است.

در خصوص وجود یا فقدان قصد فعل (عمد در عمل) و قصد نتیجه (اضرار به دیگری)، سه حالت قابل تصور است:

الف) فاعل با داشتن قصد فعل و قصد نتیجه، عمل زیانبار را انجام می‌دهد. این عمل زیانبار عمدی تلقی شده و بیانگر تقصیر فاعل است و در استقرار مسئولیت مدنی برای چنین شخصی تردیدی نیست؛ مانند کسی که خرمی را آتش بزند تا از مالک آن انتقام بگیرد که هم فعل زیانبار به عمد انجام شده است و هم نتیجه حاصل از آن مقصود مرتکب بوده است. ولیکن در موردی که مرتکب قصد اضرار به غیر را ندارد، ولی عمل او نوعاً سبب اضرار به غیر می‌شود و وی نسبت به آن بی‌اعتناست، می‌توان گفت که قصد تبعی اضرار به غیر وجود دارد و وجود قصد در وی مفروض است و می‌توان عمل وی را در حکم عمد دانست.

ب) فاعل، قصد فعل زیانبار را دارد، ولیکن قصد نتیجه یا اضرار به دیگران را ندارد. در این صورت، صرف قصد فعل زیانبار، تقصیر است و هر گاه از آن ضرری به کسی وارد شود، به موجب ماده ۳۲۸ قانون مدنی، مسئولیت مدنی هم مستقر می‌گردد. تحقق ضمان در این مورد، هم با فعل عمدی و هم با فعل غیر عمدی امکان‌پذیر می‌باشد؛ مثل شخصی که با پرتاب توپ، موجب شکستن شیشه همسایه شود که در این صورت، شخص در پرتاب کردن قصد فعل داشته (با اراده و اختیار به توپ ضربه زده است)، ولیکن قصد شکستن شیشه را نداشته است. این مورد در حقوق کیفری تحت عنوان شبه عمد معرفی می‌گردد.

ج) فاعل فعل زیانبار بدون قصد فعل و بدون قصد نتیجه، مرتکب فعل زیانباری می‌شود. این مورد گرچه شبیه خطای محض است، اما نباید آن را با خطای محض یکی دانست. توضیح اینکه در خطای محض، گرچه شخص ضارب یا رامی، قصد نتیجه ندارد و قصد فعل ضرری را هم ندارد، اما به هر حال قصد فعل دارد؛ یعنی می‌خواهد حیوانی را شکار کند و قصد چکاندن ماشه را دارد، اما قصد کشتن انسان ندارد و اشتباهاً به انسان شلیک می‌کند. اما در اینجا شخص اصلاً قصد چکاندن ماشه را نیز ندارد و ماشه صرفاً به دلیل ارتعاش دستش چکانده می‌شود یا اینکه خواب است و دستش بدون هیچ گونه قصد فعلی به صورت فرد کنارش برخورد می‌کند و دندان وی می‌شکند. این مورد محل بحث و تأمل است و پژوهش حاضر به تحلیل این مورد می‌پردازد.

لازم به ذکر است که نباید قصد فعل را به تمیز نیز گره زد. همان طور که می‌دانیم، در حقوق مدنی، تمیز حالتی است نفسانی که با عوامل جنون، صغر (در پاره‌ای موارد)، مستی (تا درجه معین از آن نه به طور کلی)، خواب و اغماء مانع‌الجمع است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۲/۲۸۲ و ۴۸۹). تمیز مبنای اهلیت استیفاست؛ زیرا اراده جز از شخص دارای تمیز صادر نمی‌شود. بنابراین کسی که دارای صفت تمیز به طور کامل باشد، دارای اهلیت کامل است و کسی که تمیز ناقص دارد، اهلیت او نیز ناقص است و در نتیجه، شخص فاقد تمیز از اهلیت نیز برخوردار نمی‌باشد (سنه‌وری، ۱۳۸۲: ۱/۲۶۸).

در برخی از نظام‌های حقوقی، تمیز شرط تحقق مسئولیت مدنی دانسته شده است و فاقد تمیز از مسئولیت مدنی معاف است؛ برای نمونه، بند ۱ ماده ۱۶۴ قانون مدنی مصر و نیز ماده ۱۲۲ قانون تعهدات و قراردادهای لبنان، تمیز را شرط مسئولیت مدنی می‌دانند و شخص غیر ممیز را ضامن خسارات وارد شده نمی‌دانند (قاسم‌زاده، ۱۳۷۵: ۹۰).

باید توجه داشت که بین ممیز بودن و وجود قصد فعل از یک طرف و نیز بین غیرممیز بودن و فقدان قصد فعل از طرف دیگر، ملازمه‌ای وجود ندارد و رابطه منطقی بین آن‌ها عموم و خصوص من وجه است؛ چرا که ممکن است شخص ممیز باشد، ولیکن قصد فعل نداشته باشد (مانند ممیزی که به دلیل بیماری صرع، فاقد اراده و قصد فعل باشد و موجب خسارت شود یا شخص بالغی که از عنصر تمیز بهره‌مند است

و باد او را به روی دیگری می‌اندازد و باعث خسارت می‌شود) و یا ممکن است شخص غیر ممیز باشد، ولیکن قصد فعل داشته باشد (مثل کودک غیر ممیزی که با پای خود به توپ ضربه می‌زند و موجب ایجاد خسارت می‌شود که هرچند غیر ممیز است، ولی در عمل خود قصد فعل داشته است) و نقطه اشتراک آن‌ها غیر ممیز فاقد قصد فعل است (مانند نوزادی که تازه به دنیا آمده که تا مدتی کنترلی بر رفتار خود ندارد و تمام رفتارهایش صرفاً غریزی است).

۳. بررسی وجود «رابطه سببیت» میان فعل فاقد قصد فعل و زیان

جسمی وارده

احراز مسئولیت مدنی، مستلزم وجود سه رکن می‌باشد: زیان، وقوع فعل زیانبار و رابطه سببیت. ذیل موضوع رابطه سببیت، این سؤال قابل طرح است که آیا عمل غیر ارادی، قابلیت استناد به مرتکب را دارد یا خیر؟ چنانچه این رابطه مخدوش بوده و ثابت نگردد، شهروند مسئولیتی جهت پرداخت خسارت و ضمان ندارد.

جهت بررسی این موضوع باید توجه داشت که بین سببیت عرفی و سببیت فلسفی تمایز و تفاوت وجود دارد. در تعریف رابطه سببیت فلسفی می‌توان گفت: در صورتی که بین عامل زیان و ضرر واردشده، رابطه سببیت فیزیکی به شکل علی معلولی وجود داشته باشد، به نحوی که خسارت واردشده از حیث فعل و انفعالات مادی و فیزیکی، معلول آن عامل باشد، رابطه سببیت میان آن عامل و خسارت واردشده، «رابطه سببیت مادی» یا «رابطه سببیت فلسفی» نامیده می‌شود (ره‌پیک و عرب، ۱۳۹۸: ۲۵)؛ مانند اینکه شخصی ضربه‌ای به صورت دیگری بزند و عینک مضروب در اثر این ضربه بشکند که میان فعل ضارب و شکستن عینک مضروب، رابطه سببیت مادی برقرار است.

هر گاه بین عامل زیان و ضرر واردشده، ملازمه عرفی مبتنی بر ظن قابل اعتماد وجود داشته باشد، به این ملازمه عرفی بین عامل زیان و ضرر، رابطه سببیت عرفی، و به عامل زیان، سبب متناسب و یا سبب متعارف گویند. ملاک و معیار سببیت عرفی، «سیر عادی و طبیعی امور» و یا «تناسب» است؛ به طوری که هر چه درجه احتمال

وقوع ضرر از عامل زیان بیشتر باشد، یعنی ضرر با عامل زیان تناسب بیشتری داشته باشد، اماره سببیت بین فعل زیانبار و ضرر قوی‌تر می‌شود و این امارات در صورتی ایجاد می‌شوند که درجه احتمال به حداقلی برسد که عرفاً معتبر و قابل اعتنا باشد و بتوان بر مبنای غلبه بر آن تکیه کرد (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۱: ۱۹۸). بنابراین عواملی که بر حسب اتفاق و به طور استثنایی منجر به ورود ضرر می‌شوند و با ضرر تناسبی ندارند، ایجادکننده رابطه سببیت عرفی و تبعاً مسئولیت مدنی نمی‌باشند؛ برای مثال، اگر کارگر ماشین شویی در شستشوی خودروی یک پزشک تأخیر کند و پزشک با تأخیر برای جراحی بیمار حاضر شود و بیمار بمیرد، نمی‌توان کارگر ماشین شویی را مسئول مرگ بیمار دانست؛ زیرا بین تأخیر کارگر با مرگ بیمار، رابطه سببیت عرفی وجود ندارد. قانون‌گذار در مواد ۳۳۲، ۶۳۹ و ۶۶۶ قانون مدنی در خصوص مسئولیت مدنی سبب اقوا، مسئولیت مدنی مالک در قبال متصرف مال و نیز مسئولیت مدنی وکیل در قبال موکل، وجود و احراز سببیت عرفی را شرط مسئولیت دانسته است (یزدانیان، ۱۳۹۵: ۲۶۰/۱).

مؤید فقهی لزوم سببیت عرفی و نه صرفاً سببیت فلسفی جهت ایجاد مسئولیت مدنی معافیت اکراه‌شونده و مغرور و مخاف است که فقها ضمان را بر دوش اکراه‌کننده، غاژ و مخیف قرار داده‌اند؛ حال آنکه میان فعل افراد اخیر با زیان، سببیت فلسفی وجود ندارد و این افراد خودشان ایراد زیان نکرده‌اند، بلکه چون عرفاً زیان مستند به آن‌هاست، ضامن تلقی شده‌اند و اساساً تقسیم صورت گرفته ذیل قاعده اتلاف در کتب قواعد فقه به اتلاف بالمباشره و اتلاف بالتسبیب، به منزله معیار بودن سببیت عرفی و کنار گذاشتن سببیت فلسفی می‌باشد.

با این مقدمه می‌توان گفت که قصد فعل، یکی از ارکان مستقل مسئولیت مدنی محسوب نمی‌شود، بلکه یکی از شرایط رابطه سببیت بین فعل زیانبار و ضرر است که بدون آن، سببیت عرفی مخدوش می‌شود؛ هرچند بین فعل غیر ارادی و ضرر واردشده، سببیت فلسفی وجود داشته باشد. به عبارت بهتر، یکی از شرایط تحقق سببیت عرفی، ارادی و اختیاری بودن نوع فعل ارتكابی است؛ یعنی مرتکب با قصد و اراده، فعل ارتكابی را انجام داده باشد، هرچند عامدانه نباشد. منظور از رفتار ارادی این است که: «فاعل با آگاهی تام، قدرت بر انتخاب از چند راه ممکن و مقدور را داشته باشد»

(اردبیلی، ۱۳۹۲: ۳۴۱) و ملاک ارادی بودن رفتار مرتکب، وجود سلطه مثبت و منفی در مورد فعل و وجود سلطه منفی در مورد ترک فعل به طور نوعی است. زمانی فعل یا ترک فعل به مرتکب آن مستند است که ارادی باشد؛ یعنی علت فاعلی آن باشد و برای آنکه مرتکب، علت فاعلی تلقی شود، در مورد فعل باید سلطه مثبت (اختیار انجام فعل) و نیز سلطه منفی (توان اجتناب از عمل) را داشته باشد. در مورد ترک فعل، صرف وجود سلطه منفی کافی است (طاهری‌نسب و میرمحمدصادقی، ۱۳۸۹: ۲۷۲). بنابراین صحیح است که گفته شود انسان تنها در قبال «افعال اختیاری‌اش» مسئول است نه در قبال «رویدادها» (بادینی، ۱۳۸۴: ۲۲۴).

بنابراین می‌توانیم بگوییم که اساساً عمل بدون اراده، نمی‌تواند موجد مسئولیت مدنی شود؛ چرا که حقوق مدنی و خاصه حقوق مسئولیت مدنی، دائرمدار اراده، آگاهی و خواستن می‌گردد و فعل بدون اراده (مانند رعشه و حرکات غیر قابل کنترل بر اثر بیماری یا دارو) صرفاً اتفاق و حادثه همانند قوه قاهره می‌باشد، نه فعلی که بتواند داخل در چارچوب مسئولیت مدنی شده و موضوع منع و ضمان زیان‌زننده قرار گیرد.

۴. اقوال و ادله فقها در ضمان شخص فاقد قصد فعل

مواردی وجود دارد که در فقه مورد بررسی قرار گرفته و قابل تطبیق با محل نزاع مقاله حاضر، یعنی بحث فقدان قصد فعل می‌باشد. از جمله مواردی که فقها متعرض ضمان شخص فاقد قصد فعل گردیده‌اند، زیان‌هایی است که شخص خواب (نائم) بر دیگران وارد می‌سازد. واضح است که شخص نائم فاقد قصد فعل است و هیچ یک از حرکاتی که در خواب انجام می‌دهد، ارادی نیست و چنانچه در اثر غلتیدن یا حرکات دست و پای چنین شخصی، خسارتی به شخص مجاور وارد آید، ضمانش قابل بررسی می‌باشد.

در خصوص ضمان شخص فاقد قصد فعل (مانند نائم) چند دیدگاه در میان فقها وجود دارد. مشهور چنین جنایتی را در حکم خطای محض دانسته و برای عاقله ضمان در نظر گرفته‌اند (نجفی، ۱۹۸۱: ۵۱/۴۳؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۵/۳۳۰). برخی دیگر قائل به عدم ضمان شده‌اند (موسوی خویی، ۱۴۲۲: ۲۲۳/۴۲). برخی ضمان را متوجه خود نائم

(محقق حلی، ۱۴۰۸: ۴/۱۰۲۰؛ طوسی، ۱۴۰۰: ۷۵۸) و برخی دیگر ضمان را متوجه بیت‌المال دانسته‌اند. قانون مجازات اسلامی با پذیرش نظریه مشهور، جنایت در خواب را در حکم خطای محض دانسته است. مطابق ماده ۲۹۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، جنایتی که در خواب یا بیهوشی صورت گیرد، خطای محض تلقی شده و مطابق ماده ۴۶۳ قانون مذکور، در جنایت خطای محض چنانچه جنایت با بینه یا قسامه یا علم قاضی ثابت شود، پرداخت دیه بر عهده عاقله است.

۴-۱. نظریه ضمان شخص فاقد قصد فعل

استدلال گروهی از قداما که شخص نائم را ولو فاقد قصد فعل است، ضامن دانسته‌اند این است که نائم در حکم اکراه شده می‌باشد که قصد او زائل شده است؛ پس اگر قتلی رخ دهد، در حکم شبه عمد است و دیه بر عهده خودش است (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۴/۱۰۲۰؛ طوسی، ۱۴۰۰: ۷۵۸). همچنین این گروه به قاعده «أصلالة الضمان علی المتلف دون غیره» استناد جسته، قائل‌اند که عاقله ضامن نیست (ر.ک: نجفی، ۱۹۸۱: ۴۱۴/۴۲).

۴-۲. نظریه مشهور (ضمان عاقله)

مشهور که ضمان را بر عهده عاقله فرد نائم قرار داده‌اند، چنین استدلال کرده‌اند که نائم فاقد قصد فعل و قصد نتیجه است؛ پس عملش خطای محض می‌باشد (عاملی جبعی، ۱۳۸۴: ۱۱۳/۱۰). مبنای فقهی این گروه آن است که می‌گویند در نائم ملاک شبه عمد وجود ندارد؛ زیرا در شبه عمد انسان فعلی را انجام می‌دهد و قصد دارد که این فعل را انجام بدهد، ولی در اینجا قصد انجام این فعل را روی این شخص ندارد، چون بلااختیار است؛ پس خطای محض است و مثل جایی است که می‌خواست به آهو بزند، اما تیر خطا رفت و به انسانی خورد و وقتی هم که خطای محض شد، دیه با عاقله است (همو، ۱۴۱۳: ۱۵/۳۳۰؛ نجفی، ۱۹۸۱: ۵۱/۴۳). نظر سومی که در خصوص این بحث وجود دارد، نظر آیه‌الله خویی است که بر اساس آن، نه خود فرد لازم است که دیه بدهد و نه عاقله وی. به باور ایشان، به غیر از دایه (ظئر) که دلیل خاص روایی برای او وجود دارد،^۱ هر

۱. «قال أبو جعفر عليه السلام: أئما ظئر قوم قتل صبيًا وهي نائمة فقتلته فإنَّ عليها من مالها» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۶۶/۲۹).

شخص دیگری که بخوابد و در حین خواب موجب تلف نفس یا عضوی گردد، اقرب عدم ثبوت دیه می‌باشد (موسوی خویی، ۱۴۲۲: ۲۲۳/۴۲). ایشان معتقد است که قتل چه به صورت عمد و چه شبه عمد و چه خطای محض باید مستند به اختیار فرد باشد و مجرد سبب بودن موجب تحقق ضمان نمی‌شود. ایشان نظر دوم را هم با این استدلال رد می‌کند که با توجه به انتفاء قصد در شخص نائم نمی‌توان فعل او را خطای محض دانست؛ زیرا در قتل خطئی، فرد می‌خواهد هدفی را بزند و اشتباهاً به دیگری اصابت می‌کند و فرد قصد انجام کار را دارد، اما نائم هیچ قصدی ندارد و فعلش از خطای محض خارج است (همان).

در نظریه مشهور، مثال هدف‌گیری فردی و زدن به دیگری، یک مصداق از مصادیق خطای محض است نه اینکه تمام مصادیق باشد و «إنما» که در روایت «إنما الخطأ أن ترید شیئاً وتصبیب شیئاً» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۴۰/۲۹) آمده، ولو حصر است، ولی حصر اضافی است؛ یعنی نسبت به عمد و شبه عمد که این مورد محاسبه شود - آنجایی که قصد آهو داشت و به دیگری خورد- می‌گوییم خطای محض است، نه اینکه تنها مورد خطای محض باشد؛ بلکه خطای محض ممکن است موارد دیگری هم داشته باشد^۱ (نجفی، ۱۹۸۱: ۵۲/۴۳).

۴-۳. نظریه فقدان ضمان شخص فاقد قصد فعل

این نظر متعلق به محقق خویی می‌باشد. ایشان ضمان در این مسئله را شبیه جایی که فردی از بلندی بی‌اختیار مثلاً در اثر وزش باد بر روی دیگری سقوط کند و موجب کشته شدن وی گردد، دانسته و می‌گوید نائم هم مانند این شخص، لازم نیست دیه پردازد (موسوی خویی، ۱۴۲۲: ۲۲۳/۴۲). در مقابل، مطابق نظر مشهور نمی‌توان حکم فردی

۱. یکی از فقهای معاصر در تأیید نظر صاحب‌جوهر می‌گوید: «اگر [از] مکان بلندی افتاد بر دیگری و آن دیگری وفات کرد، پس با تحقق عمدیت قتل، مورد قصاص است؛ و با قصد فعل نه قتل، شبه عمد، و دیه از مال اوست؛ و با عدم قصد فعل هم با صحت اسناد، خطای محض است و دیه بر عاقله اوست. و این در صورتی است که فعل (یعنی وقوع) از خودش از روی غفلت صادر شد و اگر به الجای هوا افتاد به روی دیگری، ضامن نیست به هیچ وجه؛ یعنی نه از خود و نه بر عاقله بنا بر اظهر. و صورت انقلاب بر دیگری در خواب، از این قسم نیست، بلکه از قسم سابق است» (بهبخت فومنی، ۱۴۲۶: ۴۹۲/۵).

را که بی‌اختیار سقوط می‌کند، با حکم نائم یکی دانست؛ چرا که فعل نائم هرچند بدون درک و شعور است، اما منسوب به خود اوست و بنابراین ضمان برای عاقله به وجود می‌آید (نجفی، ۱۹۸۱: ۳۰/۴۲).

به نظر می‌رسد تشبیه محقق خوبی صحیح است و نظریه مشهور قابل نقد است؛ چرا که اگر فعل نائم قابل انتساب به وی باشد، چون برخوردی میان دو نفر صورت گرفته، پس فعل کسی هم که بی‌اختیار بر دیگری سقوط می‌کند، قابل انتساب به اوست، چون این برخورد وجود دارد و مسئله به هیچ وجه مشمول خطای محض نیز نمی‌گردد؛ چرا که در خطای محض، شخص ضارب قصد و اراده فعل را داشته است، اما اشتباهاً به دیگری برخورد کرده است، اما نائم هیچ قصد و اراده‌ای ندارد و قوای دماغی‌اش در حال خواب به کلی تعطیل است، لذا نمی‌توان وی را مشمول حکم ضمان ناشی از خطای محض قرار داد.

برخی معاصران (مقتدایی، ۱۳۹۰/۱۰/۲۰) در توجیه نظر مشهور و ضمان عاقله گفته‌اند وقتی در جایی که قصد دارد، اما مقصود غیر مجنی علیه است، می‌گویید خطای محض است، پس در اینجا که اصلاً قصد ندارد، به طریق اولی خطای محض است. این قیاس اولویت صحیح به نظر نمی‌رسد، چون حداقل و حداکثری در اینجا وجود ندارد تا با تمسک به اکثر، حکم به اقل بدهیم؛ بلکه در اینجا مسئله دوران میان وجود قصد فعل و عدم آن است و اولویتی در کار نمی‌باشد و مسئله تخصصاً از بحث خطای محض خارج است.

مؤیدات فقهی و حقوقی دیگری که می‌توان برای خدشه بر وجود رابطه سببیت میان فاقد قصد فعل و زیان وارده ارائه نمود، نظریاتی است که برخی به صراحت قابلیت استناد به فاقد قصد فعل را ناممکن دانسته و برخی فعل را به او استناد داده‌اند، اما جبران خسارت را به او مستند ندانسته‌اند.

صاحب *حداثت* در بحث ضمان صبی و مجنون بدون تفکیک میان ممیز و غیر ممیز با استناد به حدیث رفع، فعل آن‌ها را به صراحت کالعدم دانسته، می‌گوید:
 «أَنَّ كَلِمًا يَفْعَلَانَهُ فَهُوَ فِي حَكْمِ الْعَدَمِ» (آل عصفور بحرانی، ۱۴۰۵: ۳۷۱/۲۰).

لازم به توضیح است که صغار، گرچه قابل تفکیک به ممیز و غیر ممیز هستند، اما خود غیر ممیز هم قابل تفکیک به واجد قصد فعل و فاقد قصد فعل است. نوزادی که تازه به دنیا آمده، هرچند غیر ممیز است، اما علاوه بر غیر ممیز بودن، فاقد هر گونه قصد فعلی می‌باشد؛ چرا که حرکاتش کاملاً غریزی است و هیچ قصد و اختیار و کنترلی بر حرکات اعضا و جوارح خود ندارد و به صورت غریزی می‌تواند باعث ایراد خسارت شود (مثلاً انگشتش را در چشم کسی فرو کند و او را نابینا نماید). اما طفل سه چهار ساله که با اختیار خود توپی را پرت می‌کند، غیر ممیز واجد قصد فعل است. با این توضیح باید توجه داشت که وقتی صاحب حد/ثقی فعل صغیر را بدون تفکیک میان ممیز و غیر ممیز و بدون تفکیک میان واجد قصد فعل و فاقد قصد فعل، کالعدم می‌داند، پس از نظر ایشان، قابلیت استناد چه از نظر فلسفی و چه از نظر عرفی به «عدم» وجود ندارد و می‌توان این حکم راجع به صغیر را با تنقیح مناط به سایر موارد فاقد قصد فعل سرایت داد.

محقق کرکی در مواردی، ائتلاف بچه غیر ممیز و دیوانه را از ضمان استثنا نموده و آن را همانند ائتلاف حیوان، هدر دانسته است؛ هر چند مالک، مال خود را در اختیار آنان قرار نداده و آنان را مسلط بر ائتلاف نکرده باشد (ر.ک: کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۲۰/۵). برخی فقهای دیگر در فروعیات دیگری غیر ممیز را در حکم دیوار یا حیوان دانسته‌اند (طباطبایی قمی، ۱۴۲۶: ۲۷۱/۱) که در این صورت می‌توان فعل را به حیوان مستند کرد، اما ضمان را نمی‌توان مستند کرد.

بر خلاف نظر مشهور فقها (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۶۶۰/۲) که معتقدند تفاوتی در ضمان ممیز و غیر ممیز نیست (سیفی مازندرانی، ۱۴۲۹: ۱۸۲)، برخی فقهای معاصر با این فتوای مشهور مخالفت کرده‌اند که می‌توان احتمال داد علت این مخالفت با نظر مشهور، عدم استناد عرفی زیان از نظر این فقها به غیر ممیز است.

آیه‌الله گلپایگانی در پاسخ به استفتایی در خصوص صدمه جانی یا مالی که نابالغ به کسی برساند، با تفکیک میان ممیز و غیر ممیز می‌گوید:

«بچه اگر ممیز باشد و صدمه مالی و یا جانی کمتر از موضحه به کسی وارد کند، خود او ضامن است و اگر صدمه جانی، موضحه و بالاتر باشد، دیه بر عاقله بچه است

و اگر ممیز نیست، کسی ضامن نیست، مگر مستند به تقصیر و عدم حفظ متصدی و حافظ طفل باشد که در این صورت او ضامن است و دیوانه اگر ضرری وارد آورد، کسی ضامن نیست، مگر آنکه شخصی سبب شده باشد که در این صورت، آن شخص ضامن است» (موسوی گلپایگانی، ۱۴۰۹: ۳/۲۷۰-۲۷۱).

همچنین در خصوص شخصی که از بالای بلندی بر دیگری می‌افتد، فقها با تفکیک حالت اضطرار بر وقوع و سقوط بر دیگری از حالتی که باد باعث سقوط می‌شود (و نمی‌توان سقوط را به شخص سقوط کرده مستند کرد) قائل شده‌اند که در حالت اضطرار بر سقوط، چون شخص قصد فعل دارد، اما قصد قتل ندارد، پس خطای محض است و دیه بر عهده عاقله می‌باشد؛ اما در جایی که شخص به وسیله باد بر دیگری می‌افتد، چون هیچ قصدی ندارد، ضمان منتفی است (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۴/۲۳۴؛ نجفی، ۱۹۸۱: ۷۲/۴۳) و برخی آن را شبیه قتل با صاعقه دانسته‌اند (آل کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۳: ۳/۸۶). برخی دیگر حتی قائل شده‌اند که اگر شخص، اضطرار بر سقوط داشته باشد، اصلاً قتل ناشی از فعل او نیست و ضمانی بر عهده او و عاقله‌اش نمی‌باشد (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۵/۳۴۴). هرچند به نظر می‌رسد اضطرار بر سقوط، قصد فعل را از بین نمی‌برد و تنها قصد نتیجه را از بین می‌برد و کلام شهید از این جهت دارای اشکال است، اما استدلال این فقیه، تأیید انتفاء ضمان در صورت فقدان قصد فعل است؛ چرا که می‌گوید: «وإن اضطرَّ إلى الوقوع لم یکن القتل من فعله أصلاً، فلا ضمان علیه ولا علی عاقلته».

بنابراین می‌توانیم بگوییم همان گونه که برخی فقها قتل و صدمه بدنی توسط شخص خواب را در حکم مرگ بر اثر صاعقه دانسته و آن را منتسب به نائم ندانسته‌اند، در اینجا نیز تفاوتی وجود ندارد و همان گونه که اگر باد شخصی را هل دهد و باعث مرگ دیگری شود، ضمان منتفی است، اگر هم فعل و انفعالات و حرکات غریزی شخص، باعث غلتیدن وی و مرگ دیگری شود، زیان به او مستند نیست و ضمان باید منتفی باشد؛ مگر اینکه بگوییم شخص خواب هم رفتارهای ارادی زمان بیداری‌اش و تغذیه‌اش در طول روز بر حرکت دست و پایش در خواب تأثیر می‌گذارد و از جهت تسبیب، زیان را به وی منتسب کنیم. گرچه به نظر می‌رسد عرف این گونه حکم نمی‌کند و میان رفتارهای شخص در زمان بیداری و در زمان خواب، بدین شکل ارتباط برقرار نمی‌کند

و غیر از فعل و انفعالات روزانه هر شخصی در زمان بیداری، عوامل وراثتی و ژنتیکی نیز بر حرکات زمان خواب مؤثر است و تفکیک میان این موارد و انتساب حرکت جوارحی زیان‌آور به رفتارهای در طول روز فرد ممکن نیست.

باید توجه داشت که هرچند نظریه مشهور در تطبیق اضرار جسمی فاقد قصد فعل (مانند نائم) با خطای محض صحیح نمی‌باشد، اما پذیرش نظریه عدم ضمان فاقد قصد فعل در ورود خسارت‌های جسمی بر دیگران نیز با مشکل مواجه است؛ چرا که در این صورت، اصل لزوم جبران خسارت و لزوم تدارک شخص زیان‌دیده که مورد تأکید فقها (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۹۰/۳؛ موسوی خویی، ۱۴۱۲: ۹۲/۳) و حقوق‌دانان (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۱: ۳۱۸) است و روایاتی چون «لا یصلح ذهاب حقّ أحد» (کلینی، ۱۴۰۷: ۳۹۸/۷) بر آن دلالت دارند، نادیده گرفته خواهد شد.

۴-۴. نظریه ضمان بیت‌المال

نظریه دیگری که در این خصوص ارائه گردیده است، پرداخت خسارت توسط بیت‌المال است. مقدس اردبیلی در مسئله افتادن از بلندی و از یک مکان مرتفع بر دیگری، حالت‌های مختلفی را که شخص پرتاب‌شده ممکن است داشته باشد (از جمله جایی که قصد قتل دارد یا جایی که چنین قصدی ندارد، اما می‌داند که غالباً چنین سقوطی باعث قتل می‌شود و یا اضطرار به وقوع دارد یا خیر)، به ترتیب مورد بحث قرار داده است (ر.ک: مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۴۶/۱۴) و بعد متعرض حالتی گردیده که قابل تطبیق بر محل بحث ماست (وقوع و پرتاب بر دیگری بدون هر گونه اختیاری، مانند جایی که باد شخص را بر دیگری می‌اندازد یا اینکه پایش می‌لغزد و بر روی دیگری می‌افتد) و این افعال را شبیه فعل بهائم و جمادات نموده است که ضمانی برای فاعل چنین فعلی در پی ندارد و سپس چنین احتمال می‌دهد:

«ویحتمل علی بیت المال لعدم بطلان دم امرئ مسلم ولیس لأحد فیه دخل فیؤخذ من المصالح كما إذا قتل فی الزحام والمفاوز ومن لم یعلم له قاتل، إذ لا فرق بین من لا یعلم قاتله ومن علم قاتله ولكن لا یكون له اختیار فی قتله مع كون القتل بغير استحقاق، بل یمکن دعوی أولویة كون هذا موجبا للدية علی بیت المال إذا قیل بعدمها علی القاتل والعاقلة، فتأمل» (همان).

ایشان با مقایسه جایی که دیه شخص کشته‌شده در شلوغی و ازدحام که از نظر فقهی به دلیل معلوم نبودن قاتل بر عهده بیت‌المال قرار می‌گیرد و محل بحث که قاتل مشخص است، اما اختیاری در فعل قتل نداشته است، می‌گوید پرداخت دیه از بیت‌المال در اینجا اگر قاتل شویم که قاتل و عاقله مسئولیتی ندارند، اولویت دارد نسبت به پرداخت دیه از بیت‌المال در جایی که شخص در ازدحام کشته شود.

آیه‌الله مرعشی نجفی در یک فرع فقهی که شخصی در حال دویدن بر روی دیگری می‌افتد و بدون داشتن قصد قتل، منجر به مرگ وی می‌شود، قصاص و دیه را منتفی دانسته و معتقد شده است که می‌توان گفت در اینجا بیت‌المال که در خدمت مصالح مسلمانان است، به دلیل قاعده حرمت خون مسلمان و ممنوعیت هدر رفتن آن باید خسارت را جبران کند^۱ (مرعشی نجفی، ۱۴۱۵: ۵۸/۱).

آیه‌الله روحانی در *فقه الصادق علیه السلام* ضمن بیان احتمالات مختلفی که در خصوص مسئول پرداخت دیه و خسارت در مسئله قتل نائم وجود دارد، یکی از احتمالات را پرداخت از طریق بیت‌المال به دلیل ممنوعیت هدر رفتن خون مسلمان ذکر می‌نماید و گرچه این احتمال را نمی‌پذیرد و این فرض را ملحق به قتل خطئی می‌کند، اما جهت رد این احتمال صرفاً به این استدلال بسنده می‌کند که وقتی عاقله بدهد، خون مسلمان هدر نخواهد رفت (حسینی روحانی قمی، ۱۴۱۲: ۲۶/۲۰۴). ایراد سخن ایشان با توجه به آنچه از محقق خویی گذشت، واضح است؛ چرا که میان قتل نائم که هیچ قصد فعل و اختیار و اراده‌ای برای کشتن ندارد، با قتل خطئی که شخص خاطی قصد فعل دارد، اما در فعلش خطا می‌کند، تفاوت وجود دارد؛ بنابراین موضوع، ذیل قتل خطئی نمی‌گنجد تا بتوانیم عاقله را مسئول بدانیم.

۵. ادله ضامن دانستن بیت‌المال در پرداخت خسارت‌های جانی وارده از ناحیه فاقد قصد فعل

همان گونه که گذشت، پذیرش نظریه عدم ضمان شخص فاقد قصد فعل (نظر

۱. «لو كان الملقى راکضاً وأذى ذلك من دون الالتفات إلى إلقاء شخص على شخص آخر نائم فمات، فلا قصاص ولا دية عليهما - الملقى والملقى - إذا لم يتعمدا القتل، نعم ربما يقال بأخذ الدية من بيت المال الذي أعد لمصالح المسلمين وذلك لقاعدة حرمة دم المسلم وعدم هدره».

محقق خویی) با اشکال نادیده انگاشتن اصل جبران خسارت و لزوم تدارک ضرر زیان دیده مواجه است. شاید دلیل اصلی قائلان به ضمان شخص فاقد قصد فعل و تعمیم قاعده اتلاف بر فعل چنین شخصی نیز جلوگیری از همین محذور باشد. نظریه ضامن دانستن بیت المال این محذور را به دنبال نخواهد داشت و علاوه بر مباحث پیش گفته در توجیه ضمان بیت المال، به ادله ذیل نیز تحکیم و تقویت می گردد:

نخست اینکه استفاده فقها از قاعده فقهی «الخراج بالضمنان» در سه امر صورت گرفته است. برخی فقها از این قاعده در بحث تابعیت مالکیت منافع عین از مالکیت عین، و برخی هم در بحث ضمان مقبوض به عقد فاسد استفاده کرده اند (موسوی بجنوری، ۱۴۱۹: ۱۲۴/۲)؛ اما برخی دیگر گفته اند مقصود از خراج یعنی مالیاتی که حکومت اسلامی از شهروندان می گیرد که در مقابل آن مالیات، تعهدی نسبت به مردم دارد برای اداره مملکت و ایجاد امنیت در جامعه و تدبیر امور شهروندان و رفع حوائج آن‌ها و هر چیزی که بر عهده والی برای مصالح دولت اسلامی و مساعد به حال مسلمین است^۱ (موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۱/۴۶۸-۴۶۹). به عبارت دیگر از نظر ایشان، دولت در مقابل دریافت مالیات متعهد است به شهروندان خدمات فرهنگی و رفاهی و شهری ارائه نماید.

مؤید احتمال امام خمینی این است که برداشت از فرمایشات پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله باید در راستای فقه حکومتی باشد؛ چرا که دین اسلام نظام حکومتی دارد و حکومت جزء احکام اولیه است، قهراً احکام و قوانین با توجه به نظام حکومتی تشریح می شود و معنا ندارد دینی که خود نظام حکومتی دارد، احکام و قوانین آن غیر مرتبط با حکومت باشد و به شکل فردی تشریح شده باشد، به ویژه که در چند مورد، این حدیث با واژه «قضی» رسول الله صلی الله علیه و آله: «الخراج بالضمنان» (نوری طبرسی، ۱۴۰۸: ۱۳/۳۰۲) آمده است و به عقیده امام خمینی با توجه به روایات وارده از پیامبر اسلام صلی الله علیه و آله و امیرالمؤمنین علیه السلام، که با لفظ «قضی» وارد شده است، همگی ناظر به حکم حکومتی و سلطنتی این دو بزرگوار است نه بیان حکم شرعی الهی. مؤید این معنا عدم ورود این لفظ از سایر ائمه

۱. «یحتمل أن يكون المراد من "الخراج" هو الخراج المضروب على الأراضى أو الرؤوس أيضًا، ومن "الضمنان" تعهدات والى المسلمين تدبير أمورهم، وسد حاجاتهم، وجميع ما على والى فى صلاح دولة الإسلام وحال المسلمين، فالمراد أن الخراج المأخوذ من الأراضى وغيرها، بإزاء ما على والى».

اطهار بیت‌المال است که زعامت و حکومتی نداشتند (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۱۴۸/۱).

دوم اینکه همان گونه که به قاعده «الخراج باضمان» استدلال گردید، می‌توان بر اساس قاعده فقهی «من له الغنم فعليه الغرم» نیز قائل به مسئولیت بیت‌المال نسبت به پرداخت دیه در چنین مواردی که قاتل ضمان ندارد، شد. به موجب این قاعده، هر کس که امام وارث او محسوب می‌گردد، پس امام ضامن او نیز هست. بر این اساس، چون ارث افراد جامعه در موارد خاص به بیت‌المال می‌رسد و نیز به دلیل اینکه شهروندان یک جامعه به دولت مالیات پرداخت می‌کنند، پس در مواردی هم که خسارت وارد می‌شود و استناد خسارت به شخص واضح نیست، لازم است که بیت‌المال خسارت را بپردازد. به این ملازمه «غنم» و «غرم» در فروعاتی چون پرداخت دیه فرد مجهول‌النسب توسط بیت‌المال، به دلیل انتقال ارث چنین شخصی به بیت‌المال اشاره شده است. در مبسوط چنین آمده است:

«اگر شخص از روی خطا مرتکب قتل شود و نسب او معلوم نباشد... مسلمانان از جهت قرابت و نسب، عاقله او محسوب نمی‌شوند، اما امام از بیت‌المال دیه را می‌پردازد؛ زیرا ارث او به بیت‌المال منتقل می‌شود» (طوسی، ۱۳۸۷: ۳۴۵/۳).

گرچه این فرع فقهی شاذ است و حکم ملازمه ارث‌بری بیت‌المال از اشخاص بلاوارث و در مقابل، پرداخت دیه این افراد در مواردی که مرتکب خطای محض می‌شوند، نادر است، اما در مقابل، پرداخت مالیات به بیت‌المال در زمانی که حکومت اسلامی وجود دارد، عام است و متوجه همه شهروندان است.

بنای عقلایی در تنظیم صحیح مناسبات و تنسیق روابط اجتماعی، در جایی که به ایراد زیان منتهی می‌شود نیز اقتضا دارد که آوار زیان‌ها، در نهایت متوجه کسی باشد که سود و منافع شخص (از جمله مالیات و ارثش چنانچه وارث نداشته باشد) به او می‌رسد، یعنی دولت اسلامی؛ و الا روابط اجتماعی در نهایت به بی‌عدالتی منجر خواهد شد. این شیوه برقراری ملازمه بین نفع و زیان، در بیان فقهی و روایی با مضمون‌هایی مثل «من له الغنم فعليه الغرم»، «الغنم بالغرم»، «الخراج بالضمان» و «بطلان ربح ما لم یضمن» بیان شده است (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۳۰۳/۲؛ مصطفوی، ۱۴۲۱: ۲۸۹؛ شریف کاشانی، ۱۴۰۴: ۱۰).

سومین دلیل، توجه به یکی از مصارف زکات است. جمع کثیری از فقهای متأخر و نیز قدما صریحاً فتوا داده‌اند که یکی از مصارف زکات فی سبیل الله است و مورد مصرف برای سهم «سبیل الله» مصالح عمومی جامعه اسلامی است. از نظر فقهای امامیه، «سبیل الله» شامل هر کار خیر عمومی است؛ اما کار خیر خصوصی مراد نیست. شیخ طوسی و بسیاری دیگر از فقهای شیعی در کتاب‌های خود چنین برداشتی را مطرح می‌فرمایند. شیخ طوسی در مبسوط می‌گوید:

«ویدخل فی سبیل الله معونة الحاج وقضاء الديون عن الحي والمیت وجمع سبل الخیر» (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۵۲/۱).

این نظر از جانب بسیاری قدما و متأخران پذیرفته شده است (سید مرتضی علم‌الهدی، ۱۴۱۵: ۲۲۴/۱؛ طباطبایی بزدی، ۱۴۰۹: ۳۱۶/۲؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۳۳۸/۱). بنابراین یکی از مصارف زکات از نظر فقها، پرداخت زکات برای دینی است که مصلحت عمومی در آن باشد و پرداخت آن از سهم «سبیل الله» می‌باشد (بهجت فومنی، ۱۴۲۶: ۱۱۰/۲).

با پذیرش معافیت فاقد قصد فعل از ضمان و با توجه به قاعده «لا یبطل دم امرئ مسلم» باید گفت که قطعاً یکی از مصالح حکومت اسلامی، جلوگیری از پایمال شدن خون یک فرد مسلمان و جبران خسارت زیان‌دیده‌ای است که از حکومت، عدالت و کمک برای جلوگیری از تضییع حقش را انتظار دارد. شاید بتوان گفت مصادیقی که فقهای عظام برای پرداخت زکات فی سبیل الله و در جهت مصلحت جامعه ذکر نموده‌اند، هیچ کدام به اهمیت جلوگیری از اهدار دم مسلمان نباشد.

دلیل چهارم اینکه رویکرد قانون‌گذار در سال‌های اخیر در موارد دیگری مانند خسارات جانی ناشی از تصادفات رانندگی نیز توجه به مسئولیت جمعی و قرار دادن مسئولیت بر دوش شرکت‌های بیمه حتی در صورت قوه قاهره و حوادث غیر مترقبه می‌باشد و اگر مسئله مورد بحث این مقاله قابل تطبیق با قوه قاهره باشد، می‌توان رویکرد قانون‌گذار به جبران خسارت‌های ناشی از قوه قاهره را به این مورد نیز تعمیم داد. پس رویکرد قانون‌گذار به سمت جبران خسارت از طریق مسئولیت‌های اجتماعی می‌باشد و شاید علت اینکه این مسئله از جانب فقها قبلاً طرح نگردیده است آن باشد که حکومت اسلامی وجود نداشته است.

به موجب بند پ ماده ۱ قانون بیمه اجباری شخص ثالث مصوب ۱۳۹۵، حوادثی که مشمول این قانون می‌شود و بیمه‌گر را موظف به جبران خسارت می‌نماید، شامل حوادث غیر مترقبه یا همان قوه قاهره نیز می‌گردد و چنانچه وسیله نقلیه، فاقد بیمه‌نامه باشد نیز قانون‌گذار در ماده ۲۱ قانون مزبور با پیش‌بینی صندوق تضمین خسارات بدنی، کلیه زیان‌های جسمی وارده بر سرنشینان وسیله نقلیه فاقد بیمه را توسط صندوق مزبور قابل جبران دانسته است.

مشمول قوه قاهره دانستن زیان ارتكابی اشخاص فاقد قصد فعل ممکن است با این اشکال مواجه شود که قوه قاهره باید سه شرط اجتناب‌ناپذیر بودن، غیر قابل پیش‌بینی بودن و خارجی بودن را داشته باشد و شرط خارجی بودن، فعل شخص فاقد قصد فعل را از قلمرو قوه قاهره بیرون می‌کشد. این اشکال نیز بدین صورت قابل دفع است که خارجی بودن قوه قاهره بدین معنا نیست که حادثه یا پیشامد غیر مترقبه باید مطلقاً خارج از شخص و فعالیت‌های وی باشد. عنصر اصلی در یک حادثه قوه قاهره در این نیست که فعل یا ترک فعل مطرح شده از آن شخص نباشد و خارج از وی صورت گیرد، بلکه عنصر اساسی آن است که آن فعل یا ترک فعل قابل انتساب به شخص به عنوان نتیجه رفتار ارادی وی نباشد. به عبارت بهتر، «حادثه باید خارج از کنترل متعهد بوده و نباید متعهد مسبب آن باشد» (ر.ک: صفایی، ۱۳۶۴: ۱۳۴). بنابراین لازم است که حادثه قابل استناد به شخص نباشد یا به تعبیر قانون مدنی چنان باشد که عرفاً نتوان آن را به شخص مربوط نمود و بدین معنا نیست که حادثه مطلقاً از قلمرو وجود و فعالیت شخص بیرون باشد.

۶. توجیه ضمان بیت‌المال در صورت عدم پذیرش نظریه فقدان ضمان فاقد قصد فعل

چنانچه نظریه عدم ضمان فاقد قصد فعل پذیرفته نشود و مبنای مشهور (نجفی، ۱۹۸۱: ۵۱/۴۳) در تبعیت حکم ضمان فاقد قصد فعل از حکم ضمان فعل خطئی پذیرفته شود نیز می‌توان استدلال بر مسئولیت بیت‌المال نمود. توضیح اینکه گرچه مشهور فقها معتقدند عاقله همانند صدر اسلام در قتل خطای محض مسئول است و حتی برخی

تصریح کرده‌اند که خلافی در این مسئله وجود ندارد (محقق حلی، ۱۴۰۹: ۱۰۵۳؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۵۴۰/۲)، اما برخی نیز معتقد شده‌اند که قدر متیقن از دیه بر عاقله، در مثل جایی است که عاقله در مسئولیت حفظ قاتل از قتل و جرح و... مسامحه و بی‌مبالاتی نموده باشد (صانعی، ۱۳۸۲: ۳۳۴) و برخی دیگر مسئولیت عاقله را دایرمدار وجود موضوع و شرایط آن می‌دانند که امروزه باقی نیست و با تشبیه عاقله به حکم آزادی بنده در موارد کفاره افطار روزه که امروزه سالبه به انتفاع موضوع است، معتقد شده‌اند که با توجه به شرایط اجتماعی حاضر در اغلب جوامع بشری، اساساً موضوع عاقله منتفی است، پس حکم در مورد آن موضوع نیز منتفی خواهد بود؛ چرا که مسئولیت عاقله اختصاص به جامعه‌ای دارد که نظام قبیله‌ای بر آن حاکم باشد و در جامعه ما که چنین نظامی وجود ندارد و وابستگی حقوقی منتفی است، نمی‌توان بستگان جانی را مسئول پرداخت دیه دانست. ایشان همچنین می‌افزاید که چنانچه در مسئله دچار شک گردیم و ندانیم که آیا چنین حکمی اختصاص به نظام قبیله‌ای داشته و یا اختصاص به چنین نظامی ندارد، مقتضای اصل عدم مسئولیت در صورت شک در مسئولیت، این است که هیچ یک از بستگان جانی چنین مسئولیتی نداشته باشند. این فقیه همچنین معتقد است که اگر در چنین ظهوری شک پدید آید، لفظ عاقله مجمل می‌گردد و با اجمال موضوع لازم است که در حکم مخالف با اصل به قدر متیقن اکتفا گردد و در غیر قدر متیقن به اصل برائت استناد شود (مرعشی شوشتری، ۱۴۲۷: ۲۲۲/۱).

نکته مدّ نظر این فقیه مورد توجه برخی فقهای دیگر مانند آیه‌الله مکارم نیز قرار گرفته است و گرچه از نظر مشهور عدول نکرده‌اند، اما در برخی آثار خود معتقد شده‌اند که فلسفه و حکمت ضمان عاقله در قتل خطئی، جلوگیری از تضییع خون مسلمان دانسته شده است و با تشبیه ضمان عاقله به پرداخت خسارت توسط بیمه، ایشان می‌گویند همان طور که فلسفه بیمه، تضامن متقابل و تقسیم فشار مشکلات و حوادث بر عهده گروه کثیری است، در مورد عاقله نیز همین فلسفه موجود است و در واقع تعلق دیه بر عاقله نوعی بیمه خانوادگی می‌باشد (مکارم شیرازی، ۱۳۶۳: ۱۷).

جایگزینی بیت‌المال به جای عاقله در آثار برخی قدما نیز دیده می‌شود. علامه حلی در کتاب *مختلف* در فرع فقهی ارث‌بری مادر از فرزندی که توسط پدرش لعان شده،

در یک نظریه شاذ که محل توجه و بحث ما نمی‌باشد، یک‌سوم ارث را متعلق به مادر و بقیه را متعلق به بیت‌المال می‌داند و سپس استدلالی ذکر می‌کند که می‌تواند مورد استشهاد قرار گیرد. ایشان می‌گویند چون عاقله این فرزند، دولت اسلامی می‌باشد و اگر مرتکب قتل خطئی می‌شد، دیه خطای غیر عمدی وی از بیت‌المال پرداخت می‌گردید، پس سهمی از ترکه را نیز باید بیت‌المال ببرد (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۷۴۳/۲).

با پذیرش از بین رفتن کارکرد عاقله در جامعه امروزی، پرداخت خسارت توسط بیت‌المال جهت جلوگیری از هدر رفتن خون مسلمان به راحتی اثبات می‌گردد. سخن پایانی اینکه حتی اگر معتقد باشیم عاقله همچنان کارکرد اجتماعی خود را دارد و حکم آن تغییر نیافته است، در این صورت نیز در صورت ناتوانی عاقله از پرداخت خسارت فاقد قصد فعل، مسئولیت بیت‌المال به صورت ثانوی و به دلیل ناتوانی عاقله از پرداخت خسارت مطرح می‌گردد که این امر مورد اتفاق فقهاست و در ماده ۴۶۳ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲^۱ نیز آمده است. این مطلب دقیقاً مطابق روایات شریف است؛ از جمله:

«عَلِيُّ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ حُكَيْمٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَشْلَمَ عَنْ رَجُلٍ مِنْ طَبْرِسْتَانَ يُقَالُ لَهُ مُحَمَّدٌ، قَالَ: قَالَ مُعَاوِيَةُ: وَلَقَيْتُ الطَّبْرِيَّ مُحَمَّدًا بَعْدَ ذَلِكَ فَأَخْبَرَنِي، قَالَ: سَمِعْتُ عَلِيَّ بْنَ مُوسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ يَقُولُ: الْمُعْرَمُ إِذَا تَدَيَّنَ أَوْ اسْتَدَانَ فِي حَقِّ، أَلَوْهْمُ مِنْ مُعَاوِيَةَ، أَجَلَ سَنَةٍ، فَإِنْ اتَّسَعَ وَإِلَّا قَضَى عَنْهُ الْإِمَامُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ» (کلینی، ۱۴۰۷: ۴۰۷/۱).

مطابق این روایت شریف، بدهکاری که در راه حق و درستی وام گرفته است، تا یک سال به او مهلت دهند، اگر وسعت یافت (که خود می‌پردازد)، وگرنه امام بدهی او را از خزانه عمومی پرداخت می‌کند. واضح است که در صورت اخیر، ضمان اولیه و مسئولیت بر عهده عاقله است و در صورت اعسار و ناتوانی آن‌ها، بیت‌المال جهت جلوگیری از اهدار خون مسلمان مسئولیت می‌یابد.

۱. (ماده ۴۶۳- در جنایت خطای محض در صورتی که جنایت با بینه یا قسامه یا علم قاضی ثابت شود، پرداخت دیه بر عهده عاقله است و اگر با اقرار مرتکب یا نکول او از سوگند یا قسامه ثابت شد، بر عهده خود اوست).

۷. ضمان بیت‌المال، تکلیفی یا وضعی؟

یکی از مباحث مهم در خصوص مسئولیت و ضمان بیت‌المال، بررسی تکلیفی بودن یا وضعی بودن ضمان بیت‌المال است؛ چرا که ممکن است گفته شود حداکثر مطلبی که از ادله ارائه شده استفاده می‌شود، تکلیف بیت‌المال برای پرداخت خسارت است و نه بیشتر. توضیح اینکه اگر بیت‌المال مسئولیت وضعی داشته باشد، ضمان بر عهده شخص فاقد قصد فعل قرار نمی‌گیرد و از ابتدا ضمان بر دوش بیت‌المال است؛ اما اگر بیت‌المال ضمان تکلیفی داشته باشد، شخص جانی فاقد قصد فعل، خودش ضامن است و بیت‌المال صرفاً مسئول پرداخت قرار می‌گیرد و پرداخت دیه بر بیت‌المال واجب است و اگر متولیان بیت‌المال، انجام این فعل واجب را ترک کنند، صرفاً واجبی را ترک کرده و مرتکب حرام شده‌اند و حکمرانی خوبی نسبت به مردم نداشته‌اند؛ اما بیت‌المال مدیون به مجنی‌علیه یا اولیای وی محسوب نمی‌شود و فقط خود جانی مدیون خواهد بود. اما مسئولیت وضعی بیت‌المال بدین معناست که از ابتدا دین (پرداخت دیه) بر ذمه بیت‌المال مستقر می‌شود و اساساً ذمه جانی از این دین بری است.

این بحث عیناً در خصوص عاقله نیز مطرح می‌باشد و بر خلاف فقهای که مسئولیت عاقله را در خطای محض وضعی دانسته‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲۷۳/۴؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۵۸۸/۲)، برخی مانند صاحب جواهر و آیه‌الله خویی، مسئولیت عاقله را صرفاً تکلیفی می‌دانند که در این صورت اگر عاقله به هر دلیلی از جمله اعسار یا ارتکاب حرام، نسبت به پرداخت خسارت اقدام نکرد، خود شخص جانی که مرتکب خطای محض شده است، ضامن می‌باشد. صاحب جواهر در این خصوص می‌نویسد:

«اگرچه در اذهان چنین قرار گرفته که دیه خطای محض از ابتدا بر عاقله است، ولی تدبیر در نصوص و قاعده اختصاص جنایت به جانی و نه دیگری، اقتضا می‌کند که دیه بر عهده خود جانی باشد؛ گرچه عاقله از جانب او پرداخت می‌نماید...» (نجفی، ۱۹۸۱: ۴۴۴/۴۳).

این مطلب مورد پذیرش آیه‌الله خویی نیز واقع شده است (موسوی خویی، ۱۴۲۲: ۵۵۵/۴۲). به نظر می‌رسد طرح این شبهه از چند جهت در خصوص ضمان بیت‌المال فاقد وجهت است؛ چرا که اولاً تجویز تکلیف برای دولت و بیت‌المال به معنای عقوبت اخروی داشتن

آن‌ها که بی‌معناست. ثانیاً حتی اگر قائل به تکلیف دولت و بیت‌المال برای پرداخت خسارت باشیم و مسئولیت بیت‌المال را وضعی ندانیم، نمی‌توان همان‌گونه که فرض عدم انجام تکلیف برای عاقله می‌شود، برای دولت که خودش مجری قانون است نیز فرض عدم انجام تکلیف را پیش‌بینی کرد و این فرصت را در اختیارش گذاشت تا نوبت به پرداخت خسارت توسط شخص فاقد قصد فعل برسد. به عبارت دیگر، ممکن دانستن عدم انجام تکلیف توسط دولتی که خودش قرار است بر انجام تکالیف مردمش نظارت کند، بی‌معناست. ثالثاً می‌توان مطابق نظر مشهور، قائل به ملازمه میان حکم تکلیفی و حکم وضعی شد (ر.ک: غروی نائینی، ۱۳۷۶: ۳۸۳/۲؛ فاضل موحدی لنگرانی، ۱۳۷۷: ۱۵۹/۴). گرچه توضیح این مطلب و بررسی دیدگاه مشهور، مجال موسع دیگری را می‌طلبد، اما کوتاه سخن اینکه بر اساس نظر مشهور در خصوص ارتباط احکام تکلیفی و وضعی، احکام وضعی مستقیماً مجعول شارع نمی‌باشند، بلکه آن‌ها منتزع و متخذ از احکام تکلیفی هستند؛ برای مثال، اگر شارع بگوید که تصرف در مال خریداری شده توسط غیر جایز نیست، از این حکم تکلیفی یک حکم وضعی و سببیت بیع برای مالکیت انتزاع می‌شود. در بحث ما نیز وقتی قائل شدیم که پرداخت خسارت وارده از ناحیه فاقد قصد فعل، تکلیف حکومت اسلامی است، پس از این حکم تکلیفی شرعی می‌توان به ضمان که یک حکم وضعی است، رسید و همان‌گونه که در خصوص ضمان عاقله، قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ (بر خلاف نظر صاحب جواهر و محقق خوئی)، حکم وضعی در نظر گرفته است و امکان رجوع به شخص مرتکب خطای محض را در صورت عدم پرداخت دیه توسط عاقله پیش‌بینی نکرده است، در اینجا نیز که نقش شخص فاقد قصد فعل، کم‌رنگ‌تر از شخصی است که مرتکب خطای محض شده، حق رجوع به فاقد قصد فعل وجود نخواهد داشت و این همان حکم وضعی است.

۸. پاسخ به اشکالات مربوط به ضمان بیت‌المال در خسارات

جانی فاقد قصد فعل

ممکن است ایراد شود که اصل بر عدم ضمان بیت‌المال است و مسئولیت بیت‌المال،

یک مسئولیت کاملاً استثنایی است که جز در موارد تصریح شارع و قانون‌گذار نمی‌توان بدان حکم کرد و در خصوص ضمان فاقد قصد فعل هم که دلیل خاصی نیست، لذا «عدم الدلیل دلیل العدم» و پرداخت از بیت‌المال متفی خواهد بود؛ ضمن اینکه با پذیرش مسئولیت برای عاقله، ایراد پایمال شدن خون مسلمان هم برطرف می‌گردد و نیازی نیست سراغ بیت‌المال برویم.

اما این اشکال مردود است؛ زیرا این سخن در صورتی پذیرفتنی است که از ابتدا ضمان عاقله را بپذیریم و حال آنکه گفته شد مسئله ضمان در فاقد قصد فعل با ضمان در خطای محض متفاوت است و با فقدان قصد فعل، شخص هیچ اختیار و اراده‌ای ندارد، بر خلاف خطای محض که شخص با اختیار و اراده خود مرتکب فعل می‌شود. بنابراین علت مسئولیت قائل شدن در اینجا برای بیت‌المال آن است که فاعل فاقد قصد فعل، هیچ تقصیری و هیچ اختیاری در فعلش نداشته است تا دیه را بپردازد و از طرف دیگر، خون شخص زیان‌دیده نیز محترم است و نباید هدر برود و جمع میان این دو امر اقتضا می‌کند که دیه توسط بیت‌المال پرداخت گردد و در موارد دیگری هم که جامعه هیچ نقش و تأثیری در بروز خسارت نداشته است، قانون‌گذار برای بیت‌المال پرداخت خسارت را مقرر کرده است؛ مانند جایی که به جانی دسترسی نیست یا جایی که جانی میان چند نفر مردد است و یا اینکه معسر است.

همچنین مسئول دانستن دولت و بیت‌المال ممکن است با ایراد معارضه با اصل شخصی بودن مسئولیت که مطابق آن هر کس باید پاسخگوی افعال خود باشد، مواجه گردد. این ایراد را می‌توان به دو شکل دفع نمود: یکی اینکه بگوییم دولت در راستای خدمات رفاهی و اجتماعی و جهت ایجاد جامعه‌ای منظم و با امنیت و حس رضایتمندی بیشتر صرفاً به عنوان ثانوی و برای ایجاد حس رضایت بیشتر شهروندان و بالا بردن رفاه و خدمات اجتماعی خسارت را می‌پردازد، بدون اینکه خودش رأساً و مستقیماً مسئول پرداخت خسارت باشد که در این صورت ضمان و مسئولیت فاقد قصد فعل را پذیرفته‌ایم و دولت را پشتیبان وی قلمداد نموده‌ایم و صرفاً برای او از جهت تکلیفی و نه وضعی، قائل به ضمان شده‌ایم. دوم اینکه بگوییم دولت رأساً و به عنوان اولی باید چنین خساراتی را جبران نماید؛ چون هیچ فرد دیگری برای جبران خسارت وجود ندارد

و مسئول دانستن فاقد قصد فعل، مغایر با قواعد مسئولیت مدنی (به دلیل فقدان رابطه سببیت) و نیز انصاف است. لذا جهت تضمین حقوق شهروندان و لزوم محترم دانستن جان و مال انسان‌های تحت یک حکومت، دولت وظیفه دارد چنین باری را بر دوش بگیرد که در این صورت، هرچند نمی‌توان برای دولت نیز به دلیل فقدان رابطه سببیت مسئولیت مدنی قائل شد، اما می‌توان دولت را از جهت تحکیم و استقرار پایه‌های حکومتش ضامن دانست و در این حالت، ضمان دولت یک حکم وضعی خواهد بود.

نتیجه‌گیری

۱- مطابق نظر صحیح‌تر فقهی، اضرار نائم بر دیگری همانند فعل شخصی است که بر دیگری سقوط می‌کند و قابل انتساب به فاعل نمی‌باشد و مسئله به هیچ وجه مشمول خطای محض نمی‌گردد؛ چرا که در خطای محض، شخص ضارب قصد و اراده فعل را داشته، اما اشتباهاً به دیگری برخورد کرده است، اما نائم هیچ قصد و اراده‌ای ندارد و قوای دماغی‌اش در حال خواب به کلی تعطیل است. لذا نمی‌توان وی را مشمول حکم ضمان ناشی از خطای محض قرار داد.

۲- برای جریان یافتن قاعده اتلاف، فاعلیت در عمل و تحقق انتساب و نیز ارتباط فاعل با پدیده تلف لازم است و شخص فاقد قصد فعل به دلیل فقدان این فاعلیت، تحت شمول این قاعده قرار نمی‌گیرد.

۳- با اثبات معافیت اشخاص فاقد قصد فعل از ضمان، مسئول دانستن و ضمان بیت‌المال در پرداخت خسارت‌های جسمی وارده از ناحیه اشخاص فاقد قصد فعل به موجب ادله‌ای چون «الخراج بالضمن» با نگاه حکومتی و نیز توجه به یکی از مصارف زکات که «فی سبیل الله» است و فقها مجرای آن را رعایت مصلحت حکومت اسلامی دانسته‌اند، امکان‌پذیر است؛ چرا که مصلحتی بالاتر از جلوگیری از هدر دادن خون مسلمان نیست. ضمن اینکه در سال‌های اخیر، رویکرد قانون‌گذار در موارد دیگری مانند خسارات جانی ناشی از تصادفات رانندگی نیز توجه به مسئولیت جمعی و قرار دادن مسئولیت بر دوش شرکت‌های بیمه حتی در صورت قوه قاهره می‌باشد.

۴- قیاس نمودن مسئولیت بیت‌المال در پرداخت خسارت به مسئولیت عاقله (که از

نظر برخی فقها، حکم تکلیفی بر جبران خسارت دارد و حکم وضعی ضمان متوجه عاقله نیست)، مع الفارق است و ضمان بیت‌المال و دولت در پرداخت خسارت وضعی است و فرض تکلیف جبران خسارت برای بیت‌المال به معنای حکم تکلیفی صرف، اولاً بی‌معناست؛ چون شخص حقوقی مانند بیت‌المال عقوبت اخروی ندارد و ثانیاً فرض عدم انجام تکلیف از جانب دولت محال است؛ چرا که ممکن دانستن عدم انجام تکلیف توسط دولتی که خودش قرار است بر انجام تکالیف مردمش نظارت کند، تالی فاسد دارد و نقض غرض است.

کتاب‌شناسی

۱. آل عصفور بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۲. آل کاشف‌الغطاء، احمد بن علی بن محمدرضا، *سفینه النجاة و مشکاة الهدی و مصباح السعادات*، نجف اشرف، مؤسسه کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۳ ق.
۳. ابن منظور، ابوالفضل جمال‌الدین محمد بن مکرم، *لسان‌العرب*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، مؤسسه التاریخ العربی، ۱۴۰۸ ق.
۴. اردبیلی، محمدعلی، *حقوق جزای عمومی*، تهران، میزان، ۱۳۹۲ ش.
۵. انصاری، مرتضی بن محمدامین، *کتاب‌المکاسب‌المحرمة و البیع و الخیارات*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۶. ایزانلو، محسن، و عباس میرشکاری، مقاله «بیت‌المال و نقش آن در جبران خسارت»، *ماهنامه کانون*، سال پنجاه و سوم، شماره ۱۱۷، خرداد ۱۳۹۰ ش.
۷. بادینی، حسن، *فلسفه مسئولیت مدنی*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴ ش.
۸. بستانی، فواد افرام، *فرهنگ ابجدی الفبایی عربی - فارسی (ترجمه کامل المنجد الابدی)*، ترجمه رضا مهیار، چاپ دوم، تهران، اسلامی، ۱۳۷۵ ش.
۹. بهجت فومنی، محمدتقی، *جامع المسائل (تعلیق و شرح بر ذخیره العباد)*، چاپ دوم، قم، دفتر معظم‌له، ۱۴۲۶ ق.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمینولوژی حقوق*، چاپ سوم، تهران، امیرکبیر، ۱۳۷۲ ش.
۱۱. حرّ عاملی، محمد بن حسن بن علی بن محمد بن حسین، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه*، قم، مؤسسه آل‌البیت (ع)، لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ ق.
۱۲. حسینی روحانی قمی، سیدمحمدصادق، *فقه الصادق (علیه السلام)*، قم، دار‌الکتاب - مدرسه امام صادق (علیه السلام)، ۱۴۱۲ ق.
۱۳. حسینی مراغی، سید میرعبدالفتاح بن علی، *العناوین الفقهیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۱۴. خاطری، برهان، *فرایند تکوین جرم*، تهران، خرسندی، ۱۳۹۰ ش.
۱۵. دیلمی، احمد، *حسن نیت در مسئولیت مدنی*، تهران، میزان، ۱۳۸۹ ش.
۱۶. ره‌پیک، حسن، و عبدالرافع عرب، «نگاهی نو به مسئولیت مدنی شخص غیر ممیز (طرح نظریه نوین)» *فصلنامه حقوق اسلامی*، سال شانزدهم، شماره ۶۳، زمستان ۱۳۹۸ ش.
۱۷. سنهوری، عبدالرزاق احمد، *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید؛ دوره حقوق تعهدات*، ترجمه سیدمهدی دادمرزی و محمدحسین دانش‌کیا، قم، دانشگاه قم، ۱۳۸۲ ش.
۱۸. سید مرتضی علم‌الهدی، علی بن حسین موسوی، *الانتصار فی انصرادات الامامیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۵ ق.
۱۹. سیفی مازندرانی، علی‌اکبر، *دلیل‌تحریر الوسیلة - احکام الاسره*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۹ ق.
۲۰. شریف کاشانی، ملاحبیب‌الله، *تسهیل المسالك الی المدارک*، قم، المطبعة العلمیه، ۱۴۰۴ ق.
۲۱. صادقی، محمد، و علی صادقی، «بررسی فقهی حقوقی موارد پرداخت دیه توسط بیت‌المال»، *فصلنامه راهبردی*، سال بیست و یکم، شماره ۶۵، زمستان ۱۳۹۱ ش.

۲۲. صادقی، محمدهادی، و فرزاد تنهایی، «ماهیت اختیار و جایگاه آن در حقوق کیفری»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، سال ششم، شماره ۲۱، زمستان ۱۳۹۶ ش.
۲۳. صناعی، یوسف، منتخب الاحکام، چاپ پنجم، قم، میثم تمار، ۱۳۸۲ ش.
۲۴. صفایی، سیدحسین، «قوه قاهره یا فورس ماژور: بررسی اجمالی در حقوق تطبیقی و حقوق بین‌الملل و قراردادهای بازرگانی بین‌المللی»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۳، تابستان ۱۳۶۴ ش.
۲۵. صفایی، سیدحسین، و حبیب‌الله رحیمی، مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، چاپ سوم، تهران، سمت، ۱۳۹۱ ش.
۲۶. طاهری‌نسب، سید یزداله، و حسین میرمحمدصادقی، رابطه علیت در حقوق کیفری ایران و انگلستان، چاپ دوم، تهران، دادگستر، ۱۳۸۹ ش.
۲۷. طباطبایی قمی، سید تقی، مبانی منهج‌الصالحین، قم، قلم الشرق، ۱۴۲۶ ق.
۲۸. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، العروة الوثقی فیما تعم به البلوی، چاپ دوم، بیروت، مؤسسة الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹ ق.
۲۹. طریحی، فخرالدین بن محمد، مجمع البحرین، تحقیق سیداحمد حسینی اشکوری، چاپ سوم، تهران، کتابفروشی مرتضوی، ۱۳۷۵ ش.
۳۰. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة، ۱۳۸۷ ق.
۳۱. همو، النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، چاپ دوم، بیروت، دار الکتب العربی، ۱۴۰۰ ق.
۳۲. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی، ترجمه و تبیین شرح اللمعه، ترجمه علی شیروانی و محمدمسعود عباسی زنجانی، قم، دار العلم، ۱۳۸۴ ش.
۳۳. همو، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسة المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۳۴. علامه حلی، ابومنصور جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، مختلف الشیعة فی احکام الشریعة، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۳۵. عمید، حسن، فرهنگ عمید، چاپ چهاردهم، تهران، امیرکبیر، ۱۳۷۸ ش.
۳۶. غروی نائینی، محمدحسین، فوائد الاصول، تقریر محمدعلی کاظمی خراسانی، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۷۶ ش.
۳۷. فاضل موحدی لنگرانی، محمد، سیری کامل در اصول فقه، قم، فیضیه، ۱۳۷۷ ش.
۳۸. قاسم‌زاده، سیدمرتضی، حقوق مدنی؛ الزامها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد، چاپ چهارم، تهران، میزان، ۱۳۸۷ ش.
۳۹. همو، «مسئولیت مدنی شخص غیر ممیز»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، شماره ۲، تابستان ۱۳۷۵ ش.
۴۰. کرکی عاملی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ دوم، قم، مؤسسة آل‌البت ع لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۴۱. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، الکافی، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۴۲. محقق حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن بن یحیی بن سعید، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۴۳. محقق داماد یزدی، سیدمصطفی، قواعد فقه، چاپ دوازدهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۴۴. مرادی، حسن، و علی شهبازی، «عنصر معنوی قتل عمدی در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲»،

- فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، سال چهارم، شماره ۱۳، زمستان ۱۳۹۴ ش.
۴۵. مرعشی شوشتری، سیدمحمدحسن، دیدگاه‌های نودر حقوق، چاپ دوم، تهران، میزان، ۱۴۲۷ ق.
۴۶. مرعشی نجفی، سیدشهاب‌الدین، *التفاصيل على ضوء القرآن والسنة*، قم، کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۱۵ ق.
۴۷. مصطفوی، سیدمحمدکاظم، *القواعد؛ مائة قاعدة فقهية معنی و مدرک و مورد*، چاپ چهارم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۱ ق.
۴۸. معین، محمد، فرهنگ معین، تهران، زرین، ۱۳۸۱ ش.
۴۹. مقتدایی، مرتضی، «درس خارج فقه»، ۱۳۹۰/۱۰/۲۰ ش.، قابل دستیابی در وبگاه مدرسه فقهت به نشانی: <https://www.eshia.ir>.
۵۰. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الازهان الی احکام الایمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۵۱. مکارم شیرازی، ناصر، «احکام و فلسفه دیات در اسلام»، *مجله مکتب اسلام*، سال بیست و ششم، شماره ۸، ۱۳۶۳ ش.
۵۲. همو، *القواعد الفقهیه*، چاپ سوم، قم، مدرسه امام امیرالمؤمنین علیه السلام، ۱۴۱۱ ق.
۵۳. موسوی بجنوردی، سیدحسن، *القواعد الفقهیه*، قم، الهادی، ۱۴۱۹ ق.
۵۴. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *تحریر الوسیله*، قم، دار العلم، بی تا.
۵۵. همو، *کتاب البیع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.
۵۶. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، *مبانی تکملة المنهاج*، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۲۲ ق.
۵۷. همو، *مصباح الفقاهه*، تقریر محمدعلی توحیدی تبریزی، قم، مکتبه الداوری، ۱۴۱۲ ق.
۵۸. موسوی گلپایگانی، سیدمحمدرضا، *مجمع المسائل*، چاپ دوم، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۰۹ ق.
۵۹. میرمحمدصادقی، حسین، *جرایم علیه اشخاص*، تهران، میزان، ۱۳۹۲ ش.
۶۰. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرايع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱ م.
۶۱. نوری طبرسی، حسین بن محمدتقی، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، بیروت، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۰۸ ق.
۶۲. ولیدی، محمدصالح، *بایسته‌های حقوق جزای عمومی*، تهران، جنگل، ۱۳۸۸ ش.
۶۳. یزدانیان، علیرضا، *قواعد عمومی مسئولیت مدنی*، تهران، میزان، ۱۳۹۵ ش.

تَرْجَمُ حِكْمَهُمَا

موجز المقالات

الحكومة النبوية؛ مهمة إلهية أو ضرورة عقلية أو سياسية؟

- محمد حسن أشرافى بجستانى (طالب دكتوراه فى الفقه بجامعة آزاد الإسلامية، فرع مشهد)
- محمد رضا كاظمى گلوردى (أستاذ مشارك فى قسم الفقه بجامعة آزاد الإسلامية، فرع مشهد)
- على أصغر داودى (أستاذ مساعد فى قسم العلوم السياسية بجامعة آزاد الإسلامية، فرع مشهد)

يمثل موضوع الحكومة الإسلامية وحقّ الحكم ومعياري الحَقائبة أحد أكثر المباحث نقاشًا فى المجتمع الإسلامى طيلة أربعة عشر قرنًا مضت على عمره. ونظرًا إلى أنّ دراسة مثل هذه المباحث لا يمكن أن تكون بمعزل عن حكومة نبيّ الإسلام ﷺ ومنهجه السياسى، فاضطرّ كثير من الباحثين فى مضمار الدين والسياسة إلى القيام بدراسات حول الحكومة النبوية فى المدينة لدى مناقشة مباحث كالإمامة والخلافة والحكومة وما إلى ذلك، بيد أنهم لم يتمكنوا من الإجماع على الطبيعة الشرعية أو السياسية للحكومة النبوية. يبدو أنّ الإجابة عن هذا السؤال تتطلب أولاً الإجابة عن سؤال مفاده أىّ دواع تمخّضت عن ظهور الحكومة النبوية فى المدينة عقب الهجرة، الدواعى السياسية أو العقلية، أم أنّ قيام تلك الحكومة كان مهمة إلهية؟ بطبيعة الحال إذا تبيننا أىّ واحدة من الحالات المذكورة، فمن شأنها أن تؤدّى دورًا مهمًّا فى وظيفة الدين السياسية؛ لأنّه لو

سلمنا بالفرض الثالث فلم يعد ممكناً إنكار المرجعية السياسية للدين والرسول الأعظم ﷺ كما لا يمكن إنكار ضرورة استمرار تلك المرجعية. ولكن في الحالتين الأولى والثانية، فيمكن الطعن في المرجعية السياسية للدين والرسول الأعظم ﷺ. وذهب الباحث في هذه المقالة التحليلية إلى أن الرسول الأعظم ﷺ قام بتشكيل الحكومة الإسلامية بناء على واجبه الشرعي، وليست الضرورة العقلية أو السياسية إلا دعماً وتأييداً للدليل القرآني على الضرورة الشرعية لقيام الحكومة الإسلامية.

المفردات الرئيسة: الحكومة النبوية، معيار الحقائقية، المستلزمات العقلية، الضرورة الشرعية، السلطة.

دراسة ونقد في نظرية إضفاء الطابع الشخصي على ملكية الأنفال والممتلكات العامة في الفقه الإمامي والقانون الإيراني

- عبد الرضا أصغري (أستاذ مساعد بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية)
- مهديّ عزيزة (طالب دكتوراه في القانون الخاص بالجامعة الرضوية للعلوم الإسلامية)

تؤدي طبيعة تخصيص الأنفال وكيفية امتلاكها في الفقه والقانون دوراً بالغ الأهمية في الحفاظ على الثروات والممتلكات العامة. جعلت الظروف والمتطلبات الزمكائية لعصر الغيبة الفقهاء تدريجياً، من خلال الاحتجاج ببعض الأدلة، يميلون إلى تعديل الطبيعة السيادية للأنفال، ويؤمنون بإضفاء الطابع الشخصي على ملكية أبناء المجتمع في استخدام الأنفال والممتلكات العامة، كما جعلتهم تلك الظروف يفتون بأنه لا حاجة لامتلاك الأنفال في عصر الغيبة إلى استئذان الفقيه الجامع للشرائط والحكومة الإسلامية. يعترض العديد من المشاكل استمرار مثل هذا الأمر، وبغض النظر عن الدور الحكومي والحضاري للفقه في الوقت الحاضر، فإنه ستجلب عواقب وخيمة على المجتمع، وسيؤدي إلى تبيد العديد من الثروات والممتلكات العامة، وتدمير المتزايد للبيئة والإخلال بالنظام الاجتماعي. سعى هذا المقال الوصفي - التحليلي، إلى تسليط الضوء على شرح اتجاه الفقهاء والمراجع إلى إضفاء الطابع الشخصي على حيازة الأنفال في

عصر الغيبة، ودراسة نتائجها، كما سعى المقال إلى تقديم رأى ملائم لظروف العصر ومتطلباته بالاستناد إلى أدلة مثل أصول المذهب، واتفاق العقلاء، وطبيعة الأنفال، والأحكام الثانوية؛ أى ملكية الحكومة للأنفال فى عصر الغيبة وضرورة استئذان الحكومة الإسلامية والفقية الجامع للشرائط، لأجل ملكية الأنفال والممتلكات العامة مع أسسها وأدلتها.

المفردات الرئيسية: الأنفال، الأموال العامة، مباحات، مشتركات، الملكية، الإحياء، الحيابة.

نقد فقهي لمنهج قانون العقوبات الإسلامى بشأن إقرار المفلس فى القضايا الجنائية

- روح الله أكرمى (أستاذ مشارك فى كلية القانون بجامعة قم)
- عزيز الله فهمى (أستاذ مشارك فى كلية القانون بجامعة قم)

ليست تصرفات المفلسين المالية نافذة لحماية حقوق الدائنين، من وجهة نظر الفقه والقانون. إن الإقرار بأخبار ضد شخص ما تترتب عليها آثار مالية، إذا صدرت عن المفلس، يتم الطعن فى صحتها بسبب تأثيرها على حقوق الدائنين. يمكن فى الدعوى الجزائية، أن يتم الإقرار فيما يتعلق بالضمان المالى الناتج عن الجريمة التى اعتبرها مشرع العقوبة الإسلامية فى المادة ١٧٠ باطلة، وإذا كان الإقرار مرتبطاً بالعقوبة فهو نافذ سارى المفعول. ناقش هذا المقال بالمنهج الوصفى التحليلى، مصادر الفقه الإمامى، وخلص إلى أن إقرار المفلس للمقرّ معتبر، سواء فى الأمور الجنائية أو فى الضمان المالى الناتج عن الجريمة. أمّا فيما يتعلق بحقوق الدائنين، فعلى الرغم من أن صحة الإقرار تقوم على أسس أقوى، فإن مشهور الفقهاء لا يعتبرها سبباً لمشاركة المقرّ له للدائنين فى أصول أموال المفلس. وينطبق الحكم نفسه أيضاً فيما يتعلق بالإقرار المثبت للعقوبات المالية مثل الدية والغرامة المالية، ولكن لا توجد عقبة أمام فعالية الإقرار فيما يتعلق بضمان الإجراءات الجنائية غير المالية.

المفردات الرئيسية: إقرار المفلس، حجر المفلس، ضمان الإجراء المالى، إثبات الدعوى، فقه الإمامية.

تأجير الأسهم في سوق المال وتحليله بناء على طبيعة الأسهم من وجهة نظر الفقه والقانون

□ سيّد محمّد أمين زادة

□ أستاذ مساعد بمعهد طلوع مهر للتعليم العالى بقم

تستخدم الحكومات والشركات أدوات التمويل لتوسيع أنشطتها الاقتصادية، ونظرًا للقيود الشرعية على استخدام الأدوات المالية التقليدية، صمّم المفكّرون الإسلاميون الأوراق المالية الإسلامية. ومنها أوراق الإيجار. فى الوقت الحاضر، يتم إصدار سندات الإيجار بناءً على الممتلكات المادّية لمقدّمى طلبات التمويل. تناولت هذه المقالة إصدار سندات الإيجار على أساس الأسهم كأصل غير مادّي. ما يثير الطعن فى هذه الأوراق هو التفسير الفقهيّ - القانونيّ لتأجير الأسهم. ونظرًا لتعدّد المواقف من طبيعة الأسهم، فيجب أولاً تحليل إمكانية وصحة تأجير الأسهم، ثمّ يمكن تقدير فوائد الأسهم التي يمكن نقلها فى شكل عقد إيجار. ناقشت هذه المقالة بالطريقة الوصفية التحليلية، تأجير الأسهم. يبدو أنه من بين التحليلات المختلفة لطبيعة الأسهم، فإنّ قبول إيجار الأسهم بناءً على مشهور الفقهاء، يواجه تحدّيات، ولكن يمكن اعتبار تأجير الأسهم صحيحًا على أساس وجهة نظر تعدّد الشركة ملكية ائتمانية، وتعدّد السهم جزءًا مشتركًا من ذلك.

المفردات الرئيسية: تأجير الأسهم، طبيعة الأسهم، فوائد الأسهم، سندات التأجير.

تحدّيات أمام أسس التطوّرات الطارئة على ملكية الأراضي

بعد الثورة الإسلامية

□ بيغرد تيمورى (طالب دكتوراه فى القانون الخاص بجامعة آزاد الإسلامية، فرع سنندج)

□ شهرام محمدى (أستاذ مساعد فى قسم القانون بجامعة كردستان، سنندج)

تتمخّض الظواهر الاجتماعية عمّا طرأ على الظواهر السابقة من تطوّر. ليس النظام القانونيّ والقوة السياسية وحدهما مسؤولين عن كلّ الواقع الاجتماعى. تتشكّل أسس القانون فى الجذور الرئيسية للمجتمع، ولا يمكن تحليل القانون بمعزل عن المجتمع. إنّ

ما حدث في إيران بعد الثورة الإسلاميّة في مجال التشريع المتعلّق بملكيّة الأراضي هو نوع من الاندفاع لتقديم حلّ والاستجابة لتوقّعات الشعب الثوريّ بالاعتماد على الفقه والرؤى الثوريّة. ويُعدّ التشريع الجديد النتيجة الأخيرة للعقلاء بناء على الخبرات وفي ضوء الفقه لصالح بعض أفراد المجتمع. كانت التحدّيات أمام أسس تطوّر ملكيّة الأراضي مصدر نقاش في العديد من القضايا، ويجب فحص سوابق الموضوع وتكييفها مع الفقه والنظام القانونيّ لتحليل تلك القضايا. في هذا الصدد، من خلال تحديد هذه التحدّيات، يتمّ تحليل تطوّرات ملكيّة الأراضي؛ وليس الهدف مجرد اكتشاف القواعد الفقهية كأساس. حلّل هذا المقال فرضيّة التأثير المطلق للآراء الثوريّة على مصادرة الملكيّة الخاصّة وإقطاع الملكيّة العامّة؛ وأخيرًا، خلصت إلى تأثير وجهات النظر الثوريّة جنبًا إلى جنب مع الظروف الاجتماعيّة والاقتصاديّة والسياسيّة على تطوّر ملكيّة الأراضي بعد الثورة الإسلاميّة.

المفردات الرئيسة: الفقه والقانون، تطوّرات، ملكيّة الأراضي، نزع الملكيّة، الإقطاع، الشرعيّة، الاقتصاد الإسلاميّ.

دراسة جدوى تجويز إجهاض الأجنّة ذات التشوّهات الخلقية

في ضوء قاعدة لا حرج من منظور الفقه الإمامي

- زهرة حاجيان فروشانيّ (أستاذ مساعد بجامعة الشهيد تشرمان أهواز، أهواز، إيران)
- محمّد رضا حميدى (أستاذ مساعد بجامعة الشهيد تشرمان أهواز، أهواز، إيران)

شهدت المجتمعات البشرية على مرّ التاريخ ولادة أطفال ذوى الإعاقات الجسميّة والعقليّة بنسب متأرجحة. وفي العصر الراهن، يمكن تشخيص بعض هذه الإعاقات في فترة الحمل عبر الاختبارات الطبيّة الدقيقة. تثير صعوبة رعاية هؤلاء الأطفال إلى جانب الحرمة الأولى للإجهاض، مسألة جواز إجهاض الأجنّة المتشوّهة خلقياً أمام الباحثين في حقل الفقه والقانون. أفتى أغلبية الفقهاء المعاصرين بإجهاض الأجنّة المتشوّهة على وفق شروط؛ مستدلينّ في ذلك على قاعدة «نفي الحرج»؛ الأمر الذي تجسّد في المادّة القانونيّة المقرّرة عام ١٣٨٤ش. الذي كان موافقاً لـ ٢٠٠٥م. ألفت هذه الدراسة الضوء على هذه المسألة المستحدثة من المنظور الفقهيّ، وأثارت إشكاليّة أمام دليل الفقهاء في

هذا الموضوع، فيما يخصّ الصغرى (استمرار الحمل محرّج)، والكبرى (قابليّة قاعدة لا حرج لتجوز الإجهاض)، ومعرفة الموضوع (الطبيعة النباتية للجنين)؛ وخلص البحث إلى أنّ تبني جواز إجهاض الأجنّة المتشوّهة، يرتكز على مبادئ، ويستتبعه أمور ولوازم لا يستطيع القائلين بجواز الإجهاض، قبولها.

المفردات الرئيسية: إجهاض الجنين، العلاج بالإجهاض، الأجنّة المتشوّهة خلقياً، نفي الحرج.

الإجبار الاعتباري في شرط التخلّي عن الفعل القانوني

- محمّد صالحى مازندراني (أستاذ مشارك في قسم القانون الخاص بكلّيّة القانون بجامعة قم)
- بيام محمّدي مير عزيزي (طالب دكتوراه في القانون الخاص بكلّيّة القانون بجامعة قم)

سكت القانون المدني عن ضمان تنفيذ الشرط المتعلّق بشرط التخلّي عن الفعل القانوني، فأثار ذلك جدلاً في الأوساط القانونيّة. فمن القانونيين من ذهب إلى القول ببطلانه، ومنهم من ذهب إلى صحّته، كما قال ثالث آخر بعدم صلاحية الفعل القانوني المنهى عنه. حاولت هذه الورقة البحثية تأييد الرأي الأخير، وعليه يطرح نظرية الإجبار الاعتباري. وبناء على النظرية الثالثة، فإنّ الإجبار يشكّل الضمان الأكيد لتنفيذ المخالفة المشروط عليها وفقاً للقاعدة الأولى، في هذا النوع من الشرط، بحيث لا يتصوّر عدم إمكان إجبار المشروط عليه؛ لأنّ الإجبار المشروط عليه في هذه الحالة، اعتباري؛ ممّا يعنى أنّ الفعل القانوني المنهى عنه ينعقد في عالم الاعتبار انعقاداً غير نافذ. بعبارة أخرى، يجب أن يكون الإجبار من قبيل الفعل المنظور؛ وبما أنّ الفعل هذا اعتباري، فيجب أن يكون تابع للإجبار اعتبارياً أيضاً. ويتمّ هذا الإجبار تلقائياً دون أيّ إجراء مادّي أو قانوني، فإذا لم يترتب أثر قانوني على نقض العهد المشروط عليه، يحصل الإجبار دون الحاجة إلى أيّ فعل آخر. إنّ القبول بصحة الفعل القانوني المنهى عنه، لا يوافق نوايا الطرفين من جهة، ومن جهة أخرى يُعدّ تسويغاً لنقض العهد وإلغاء العقود عملياً. علماً أنّ الرأي القائل بالبطلان هو الآخر لا يتناغم مع مبادئنا القانونيّة.

المفردات الرئيسية: الشرط، التخلّي عن الفعل القانوني، غير نافذ، إجبار، اعتباري.

حدوث العيب الجديد مع التعويض عن الخسارة لا يسقط حق الرد

(أضواء نقدية على البند ٣ للمادة ٤٢٩ في القانون المدني)

- محمّد رضا كيخا (أستاذ مشارك في قسم الفقه ومبادئ القانون الإسلامي بجامعة سيستان وبلوشستان)
- حميد مؤذني بيستكاني (دكتوراه في الفقه ومبادئ القانون الإسلامي بجامعة سيستان وبلوشستان)
- مرضية قاسمي (طالبة في المستوى الثالث للحوزة العلمية)

ينصّ البند الثالث للمادة ٤٢٩ في القانون المدني -على وفق مشهور الفقهاء- على أنّ حدوث العيب لدى الزبائن لا يسقط حق الردّ دون أن يقيّد ذلك بإزالة العيب أو العطب. بينما ذهبت طائفة من الفقهاء إلى أنّ حق الردّ محفوظ للزبون إذا أزال العطب أو العيب الحاصل. أظهرت هذه الدراسة الوصفية - التحليلية أنّ الدليل النقلّي الوحيد على إسقاط حق الردّ هو مرسله جميل بن درّاج التي عدّ الآخوند الخراسانيّ التمسك بها مردوداً مرفوضاً، حيث رأى أنّ مُسقطيته تعود إلى ضمان مصالح البائع. لذلك ليس هناك مبرّر للتمسك بالرواية السالفة الذكر إذا ما عُوض عن الخسارة. كما أنّ العطب الحاصل لا مدخلة له في إسقاط حق الردّ؛ بل المعيار هو إلحاق الضرر والخسارة بالبائع وعدم مراعاة حقّه. إذن يبدو أنّه إذا أزيل العطب فلن يُسقط حق الردّ، وأنّ المادة القانونيّة المذكورة ينبغي تعديلها.

المفردات الرئيسيّة: خيار العيب، مسقطات الخيار، العيب الحادث، المادة ٤٢٩ ق.م.، زوال العيب.

وقفة تأمل في الحكم الفقهي لاستحداث النقود (إنشاء الائتمان)

- مهديّ محققيان (طالب دكتوراه في قسم القانون بجامعة آزاد الإسلامية، فرع نجف آباد)
- سيّد محمّد هادي مهديّ (أستاذ مشارك في قسم القانون بجامعة آزاد الإسلامية، فرع نجف آباد)
- أحمد رضا توكليّ (أستاذ مساعد في قسم القانون بجامعة آزاد الإسلامية، فرع نجف آباد)

يُعدّ استحداث النقود أو ما يُعبّر عنه بإنشاء الائتمان، من أهمّ الظواهر الاقتصاديّة التي تترك آثاراً كثيرة في الاقتصاد. يتمّ استحداث النقود أو إنشاء الائتمان لمنح القروض لعملاء البنوك، وبناءً على ذلك تقوم البنوك بإنشاء الائتمان في حساب المستقرضين من «لا شيء». على الرغم من وجود مؤيدين لهذه الظاهرة، إلا أنّهم يعرفون الآثار

الاقتصادية المدمّرة لاستحداث النقود، ويقرّون بها. ومن أهم آثار هذه الظاهرة عدم الاستقرار الاقتصادي، والتضخم الفاحش، والتمييز وانتهاك العدالة. نظرًا لقلّة الذين لم يتقدّموا بطلبات الاقتراض من البنوك، فيمكن اعتبار هذه القضية من قضايا المجتمع الإسلامي. ويمكن اعتبار هذه الظاهرة من وجهة نظر الفقه أكل المال بالباطل؛ لأن يقوم بكسب المال مقابل «لا شيء». ومن ناحية أخرى، فإن حظر سوء استخدام الحق، الذي يستخلص من قاعدة «لا ضرر»، يدلّ على حظر إنشاء الائتمان. هذا وللبنوك الحقّ في منح قروض لعملائها، وهذا حقّ للبنوك اعترف به الشرع والقانون، لكنّها استخدمت هذا الحقّ كذريعة للربح وإحاق الضرر بالمجتمع كلّه، وذلك حرام بناء على الأدلّة التي تقرّ حظر سوء استخدام الحقّ، وقاعدة لا ضرر. ويجب القول إنّ المعيار المنصوص عليه في بعض الأحاديث لحرمة الربا - وهو كسب الربح دون مقابل - صالح أيضًا لاستحداث النقود، ويمكن تعميم حرمة الربا على ذلك بتفكيح المناط القطعيّ.

المفردات الرئيسية: استحداث النقود، الائتمان، أكل المال بالباطل، سوء استخدام الحقّ، الربا.

مراجعة للحكم الفقهيّ «شرط عدم المهر» في الزواج

□ حميد مسجد سرائي (أستاذ مشارك بجامعة سمنان)

□ سيد رسول موسوي (طالب دكتوراه في الفقه ومبادئ القانون الإسلامي بجامعة سمنان)

رغم أنّ تحديد المهر ليس شرطًا في عقد الزواج الدائم، ويصحّ العقد من دونه، بحسب الآية ٢٤ من سورة النساء، والروايات المتواترة وإجماع الفقهاء، لكن في بعض الأحيان، يمكن أن تتصوّر أنّ المهر لا يُدكّر في نصّ العقد إطلاقًا، بل إنّ الزواج مشروط بـ«عدم الصداق» ويشترط أحد الزوجين أو كلاهما عدم المهر. والسؤال الآن هو: ما حكم شرط «عدم المهر» في الزواج أساسًا، وبالتالي ما أثره في صحّة أو بطلان عقد الزواج نفسه؟ وقد حاول هذا المقال - بالمنهج الوصفيّ التحليلي - أن يقدم أدلّة مثبتة ويضعّف الرأي المشهور، كما حاول أن ينتقد ويردّ أدلّة الحكم بطلان الزواج بما فيها الآيات القرآنيّة والروايات الشريفة، لكي يثبت أنّ اشتراط عدم المهر في الزواج صحيح أو على الأقلّ لا يخلو من القوّة، وذلك على الرغم من الرأي الفقهيّ المشهور الذي يعدّ هذا

الشرط باطلاً؛ الأمر الذى يمثل النتيجة الرئيسية للبحث.
المفردات الرئيسية: المهر، شرط عدم المهر، المهر المسمى، صحّة الزواج، بطلان الزواج.

التحقّق من صلاحية الشروط التعسّفية، وحماية الطرف الضعيف فى العقود التعسّفية فى الفقه الإسلامى والقانون الإيرانى والمصرى

- سيّد أبو القاسم نقيبى (أستاذ مشارك بجامعة الشهيد مطهرى)
- إبراهيم تقى زادة (أستاذ بجامعة بيام نور)
- عدنان حسينيّ (طالب دكتوراه فى القانون الخاص بجامعة بيام نور)

يُعَدُّ التحقّق من صلاحية الشروط التعسّفية فحص شكل جديد من العقود يكون لأحد طرفى العقد فيه سلطة عليا أو حصرية لإعداد شروط وأحكام العقد، ويضطرّ الطرف الآخر إلى قبولها دون أن يكون له الحقّ فى التفاوض. اعتمدت هذه الورقة البحثية منهج التحليل المقارن لتدرس طبيعة وأسس وصلاحية الشروط التعسّفية فى هذا النوع من العقود. تظهر النتائج أنّ بعض الشروط المفروضة لا تُعدّ غير عادلة، وبالتالي فهى صالحة. نصّت المادة ١٤٩ من القانون المدنى بشأن الشروط والعقود التعسّفية غير العادلة على ما يلى: «إذا تمّ العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمّن شروطاً تعسّفية جاز للقاضى أن يُعدّل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقضى به العدالة، ويقع باطلاً كلّ اتفاق على خلاف ذلك». تتمتع بعض القواعد الفقهية فى الفقه الإسلامى والمبادئ القانونية فى القانون الإيرانى بسعة يمكن اعتبارها أدلة داعمة للجانب الضعيف من العقد فى هذا النوع من العقود. فضلاً عن ذلك، أظهر التشريع الإيرانى رغبته فى دعم الطرف الضعيف من خلال الموافقة على بعض الموادّ القانونية. يمكن للقضاة أيضاً تعديل الشروط المفروضة إذا كانت غير عادلة، اعتماداً على القواعد الفقهية والمبادئ القانونية المقبولة. لذلك، لا مندوحة عن توفير مادة قانونية فى القانون المدنى الإيرانى يحول دون إصدار آراء مختلفة فى هذا المجال.

المفردات الرئيسية: تعديل العقود، القانون الإيرانى، القانون المصرى، الشروط التعسّفية، الشروط غير العادلة، الفقه الإسلامى.

دراسة جدوى تحميل بيت المال المسؤولية

عن دفع غرامة الأضرار الجسدية التي يلحقها من ليس لديه نية

- حسين هوشمند فيروز آبادي (أستاذ مساعد في قسم القانون بمعهد الحوزة والجامعة للبحوث)
- إحسان يوري (أستاذ مساعد في قسم القانون بجامعة آية الله العظمى البروجردي)
- حسن نقديان (عضو الهيئة العلمية بجامعة آية الله العظمى البروجردي)

على وفق قواعد المسؤولية المدنية ومبادئها، لا ينبغي أن يبقى أي ضرر بدون تعويض. إذا كان لدى الشخص نية التصرف، سواء كان لديه نية للنتيجة أم لا، فهو ضامن في مختلف الحالات؛ ولكن في الحالات التي لا يمتلك الشخص إرادة كاملة وبدون نية للتصرف لمجرد أسباب مثل اهتزاز اليد، ويطلق النار ويقتل أحداً، أو بسبب الحركات الغريزية في الحلم، مما يتسبب في إلحاق الضرر بالحياة، أو يتسبب في انتقال العدوى إلى الآخرين ويؤدي بحياته، بسبب أفعاله اللا إرادية مثل التنفس فالمسألة هي: هل يمكن تغيير الضامن وتحويل المسؤولية إلى الحكومة وبيت المال أم لا على الرغم من ضرورة الضمان كحكم وضعي؟ في هذه المقالة، تم إثبات الإعفاء من الضمان دون قصد الفعل في حالة الضرر المادي بسبب عدم وجود علاقة السببية (كأهم عنصر من عناصر المسؤولية المدنية) وعُدَّ بيت المال ضامناً لدفع الغرامة عن الأضرار الجسدية من دون نية، والسبب في ذلك أولاً لأنَّ بيت المال، بناءً على أدلة مثل «الخراج بالضمان» و«من له الغنم فعليه الغرم» من منظور فقه الدولة، وثانياً بناءً على أحد موارد إخراج الزكاة وهو «في سبيل الله»؛ حيث فسره الفقهاء على أنه دفع «للمصلحة العامة للمجتمع الإسلامي».

المفردات الرئيسية: الحكومة، بيت المال، المسؤولية المدنية، الإرادة التامة، النية، مسؤولية الحكومة.

liable in any case if he/she has the act even doesn't have the intention; but, if the person However, despite the certainty of the liability as a positive rule, can the liability of a person without complete will and without having the intention to act, cause a trigger to pull and kill another person for reasons such as the vibration of the hand, or cause bodily harm by instinctive movements in a dream, or by his involuntary actions such as breathing, communicable diseases and causing his death, be changed and make the liability towards the government and Bayt al-māl (Arabic: بيت المال, public treasury)? Exemption of a person who does not intend to act from liability in causing bodily damage due to the lack of causation (as the most important element of civil liability) has been proven in this article and Bayt al-māl, first of all, based on evidences such as advantages and interests of an object follows the risk (Arabic: الخراج بالضمان) and one who accepts the benefit of a transaction must also accept the burden of it (Arabic: مَنْ لَهُ الْغَنَمُ فَعَلَيْهِ الْغُرْمُ) with a view Governmental jurisprudence and secondly, according to one of the cases of paying Zakāt (Arabic: زكاة, that which purifies,) which is “for the cause of Allah” and the jurists have interpreted it as payment for the “general and public expediency of the Islamic society” and therefore, Zakat has been considered as a compensation for the payment of bodily damages without the intention of the act.

Keywords: *Government, Bayt al-mal (Arabic: بيت المال, public treasury), Civil liability, Complete will, Intention of the action, Liability of the state.*

unconscionable, therefore they are valid. Egypt's legislator in Article 149 of the Civil Code legislates for conditions and unconscionable exposed contracts: "... The judge can equate the contracts containing unconscionable conditions or exempt the weak party from their implementation...". Some jurisprudential rules in Islamic jurisprudence and legal principles in Iranian law have such capacity that they can be considered as evidences of support for the weak side of the contract in these types of contracts. In addition, Iran's legislator has shown a willingness to support the weak side by enacting some legal articles. If the imposed conditions are unconscionable, judges can also equate (amend) them by using accepted jurisprudential rules and legal principles and therefore, it is inevitable to anticipate the legal provision in Iranian civil law in order to prevent the issuance of different judgments in this regard.

Keywords: *Contract amendment, Iranian Law, Egyptian Law, Imposed conditions, Unconscionable conditions (terms), Islamic Jurisprudence.*

Feasibility Study of Liability of Bayt al-Māl

(Arabic: بيت المال, Public Treasury)

for Paying the Bodily Damages

Caused by People Who Had No Intention to Act

- *H. Houshmand Firuzabadi (Assistant prof. at Research Inst. of Hawzeh & Univ.)*
- *Ehsan Yavari (Assistant professor at Ayatollah Boroujerdi University)*
- *Hassan Naqadian (Faculty Member at Ayatollah Boroujerdi University)*

No damages must be left without compensation in accordance with the rules and principles of civil liability. The person is

validity and invalidity of the marriage contract itself? The present article, using descriptive-analytical method, has tried to achieve the conclusion that the condition of absence of marriage portion in marriage is correct or, at least, can be used as a presumption, despite the famous jurisprudential opinion that such a condition is invalid, while criticizing and rejecting the evidence of the ruling, such as verses and ḥadīth (pl. aḥādīth, literally “talk” or “discourse”, narrations), in addition to weakening the famous opinion and this is the main finding of the research.

Keywords: *Dower, Condition of absence of marriage portion, Specified marriage portion, Validity of marriage, Annulment of marriage.*

Validation of Unconscionable Conditions and Support of the Weak Party in Unconscionable Contracts

in Islamic Jurisprudence, Iranian and Egyptian Law

- *Sayyid Abulqasem Naqibi (Associate prof. at Shahid Motahhari Univ., Tehran)*
- *Ebrahim Taqizadeh (Full professor at Payame Noor University)*
- *Adnan Hosseini (PhD student in Private Law)*

Validation of the unconscionable (imposed) conditions is the examination of a new form of contracts in which one party has superior or exclusive powers that prepare the terms and conditions of the contract and the other party is forced to accept it without having the right to negotiate. The current research investigates the nature, basis and validity of unconscionable conditions in these types of contracts by comparative-analytical method. The findings show that some of the unconscionable conditions do not have the attribute of

(damnification) to the whole society, which is ruled to illegitimacy on the basis of the evidence of prohibiting the abuse of the right and principle of harm. It should be finally noted that the criterion stated in some ḥadīth (pl. aḥādīth, literally means talk or discourse, narrations) for the unlawfulness of usury, which is the earning of profit without anything in return (equivalent), is equally true about the creation of money, and it is possible to generalize the prohibition of usury by conclusive rectification of the effective cause (Arabic: تنقيح المناط).

Keywords: *Money creation, Credit, Unlawful ownership, Abuse of rights, usury.*

A Review in the Jurisprudential Ruling of Condition of Absence of Marriage Portion in Marriage

- *Hamid Masjedsaraie (Associate professor at Semnan University)*
- *Sayyid Rasool Mousavi (PhD stud. in Jurisprudence & Principles of Islamic Law)*

Although the determination of dower (marriage portion, marriage settlement) in a permanent marriage contract is not a condition based on verse 24 of Surah An-Nisa (in Arabic text: النساء), traditions reported by numerous authorities (successive widely transmitted) and the consensus of jurists and marriage without mentioning the marriage portion is also a completely valid contract, but it is assumed sometimes that not only the dower is not mentioned in the text of the contract, but marriage is conditioned to absence of marriage portion and the lack of marriage portion is conditioned by one of the spouses or both. Now the question is: What is basically, the ruling of the condition of absence of marriage portion in marriage, and consequently, what is its effect on the

A Reflection

on the Jurisprudential Ruling of Money Creation

- Mahdi Mohaqeqian (PhD student at Islamic Azad University, Najafabad)
- S. Muhammad Hadi Mahdavi (Associate prof. at Islamic Azad Univ., Najafabad)
- Ahmad Reza Tavakoli (Assistant professor at Islamic Azad University, Najafabad)

Money creation (money issuance) is one of the most important economic phenomena that leaves many effects on the economy. In order to grant loans to bank customers, money or credit based on which banks create credit from “nothing” in the account of the loan applicant is created. Although this phenomenon has also supporters, but this same group also admits and acknowledges the destructive economic effects of money creation. Its most important effects include economic instability, unbridled inflation, discrimination and violation of justice. This issue can be considered as a matter of concern affecting the Islamic society because there are few people who have not applied for a loan from banks. This phenomenon from a jurisprudential point of view can be considered as an unlawful ownership (in Arabic: *أَكْلُ الْمَالِ بِالْبَاطِلِ*, unjust enrichment); because, the bank acquires property (tries to make money) instead of “nothing”. On the other hand, the prohibition of the abuse of the right, which is based on the evidence of the rule of prohibition of detriment (in Arabic: *لَا ضَرَرَ*, principle of harm), implies the prohibition of the creation of money. Banks have the right to loan their customers money and this right is considered by law and Sharia (Arabic: *شريعة*, Romanized: *sharī‘a*, religious law) for them, but they have made this right an excuse for their profiteering (mercantilism, trade) and causing harm

According to the well-known (dominant) views of jurists, Abolishing of the right not to accept the occurrence (contingency) of a defect to the customer has stipulated in the third clause of article 429 of the Civil Code and has not limited it to non-extinction (non-extinguishment) of defect. Whereas some jurists believe that if the defect is removed by the customer, the right of rejection will still be reserved for the customer. This research, which has been conducted by descriptive-analytical method, shows that the Mursallah (Arabic: مُرْسَلَة, meaning: sent or transmitted, tradition with no chain of transmitters or with an incomplete one) of Jamīl b. Darrāj (Arabic: جميل بن درّاج) is the only scriptural proof (traditional proof, scriptural evidence) for being abolishing (waiver, abrogating), which Akhund Khurāsānī (Persian: آخوند خراسانی) rejects the adherence to it and believes that being in abolishing (waiver, abrogating) is in order to observe the status and state of the seller. Therefore, there is no way to use the narrations mentioned in the assumption of compensation of damage. The occurred defect is not relevant for the extinction (disapproval) of the right of rejection, but the criterion is the cause of harm to the seller and not respecting his/her right, so it seems that if the occurred defect is resolved, the right of abolishing will not be revoked, and the mentioned article needs to be amended (corrected).

Keywords: *Option of defect (redhibition), Waivers of option, Occurred defect, Article 429 of Civil Code, Termination of the defect.*

impossibility of the coercion (compelling) of the person who is responsible to perform a condition is not imagined; because, the coercion (compelling) of the person who is responsible to perform a condition is arbitrary (contractual), which means that the legal act of impermissible (forbidden) act is concluded in a contractual way. In other words, coercion must be of the form of the desired act, and since the mentioned act is arbitrary (contractual, credit), the manner of coercion must also be arbitrary. This coercion (compulsion) without the need to perform any material or legal action is done spontaneously. Coercion has been realized, when, there is no effect legally on the person who is responsible to perform a condition which is against him and promised it, and there is no need for any further action. Accepting the validity of the forbidden legal act, in addition to the inconsistency with the intention of the parties, means the permission to the breach of contract and the effective termination of the contract. The theory of nullity is also incompatible with the foundations of our legal system.

Keywords: *Condition, Omission, Invalidity, Coercion (compelling, compulsion), Arbitrary (contractual, credit).*

Waiver (Abrogating, Abolishing) of the Right to Accept the Occurrence (Contingency) of a New Defect with Compensation (Criticism of Clause 3 of Article 429 of the Civil Code)

- *Muhammad Reza Kaykha (Associate prof. at University of Sistan & Baluchestan)*
- *Hamid Moazzeni Bistgani (PhD in Jurisprudence & Principles of Islamic Law)*
- *Marzieh Qasemi (Level 3 at seminary)*

the result that also obtained in the single-clause bill approved in 2014. The new mentioned issue has been examined from a jurisprudential point of view in this article, and the arguments of the jurists in this field are from the point of view of minor premise (the difficulty of continuing the pregnancy), major premise (the ability of the rule of impediment (Arabic: لا حَرَج، no difficulties) in allowing abortion) and thematology (vegetative nature of the fetus) is challenged and obligation to the legality of abortion in the mentioned case has foundations, functions and requirements that even those who say it cannot accept.

Keywords: *Abortion, Therapeutic abortion, Defective fetuses, Negation of impediment (Arabic: لا حَرَج، no difficulties).*

Arbitrary (Contractual, Credit) Coercion (Compelling) in the Condition of Legal Omission

□ *Muhammad Salehi Mazandarani (Associate professor at University of Qom)*

□ *Payam Mohammadi Mirazizi (PhD student in Private Law)*

The civil law has not taken any action regarding the sanctity of the condition of legal omission, and this has caused a difference of opinion among the jurists. Some have commented on the annulment, some on the validity, and others on the invalidity of the legal act of impermissible (forbidden) act. This research tries to strengthen the recent theory and for this purpose, suggests the theory of arbitrary (contractual, credit) coercion. According to this theory, the sanction of the person who is responsible to perform a condition which is against him (Arabic: مَشْرُوطٌ عَلَيْهِ) and he/she violated that condition in this type of condition, according to the primary rule is compelling and the

of land tenure are analyzed in this regard and the goal is not merely to discover jurisprudential rules as the basis. This article analyzes the hypothesis of the absolute impact of revolutionary views on expropriation [dispossession] of private ownership and iqta (Arabic: الإقطاع, Romanized: iqtā', sectorization) of public property. The result obtained in the end is that it shows the influence of revolutionary views along with social, economic and political conditions on the developments of land tenure after the Islamic revolution.

Keywords: *Jurisprudence and law, Developments, Land tenure, Expropriation [dispossession, negation], Iqta (Arabic: الإقطاع, Romanized: iqtā', sectorization), Legitimacy, Islamic economics (Arabic: الاقتصاد الإسلامي).*

Feasibility of the Prescription (Authorization) of Incomplete Abortion by the Rule of Impediment (Arabic: لا حرج, No Difficulties) from the Perspective of Imāmīyah (Arabic: إمامية) Jurisprudence

□ Zohre Hajian Forushani (Assistant prof. at Shahid Chamran Univ. of Ahvaz, Iran)

□ Muhammad Reza Hamidi (Assistant prof. at Shahid Chamran Univ. of Ahvaz, Iran)

Some of these diseases in the present time, can be diagnosed at the time of pregnancy to a certain (reliable) extent with the help of medical tests. The difficulty of raising such babies, along with the primary prohibition of abortion, places the legality of incomplete abortion (defective abortions) before researchers of jurisprudence and law and most of the contemporary jurists have accepted the legitimacy of incomplete abortion to some extent and have justified it by referring to the rule of negation of impediment (Arabic: لا حرج, no difficulties) and

rent among various analyses of the nature of stocks based on the opinion of famous jurists seems to be facing challenges, but according to the view that the company is considered as a constructive possession and considers the share as a joint part of that property, the share lease can be considered correct.

Keywords: *Share renting, Nature of shares, Share interests, Rental securities.*

The Challenges Facing the Fundamentals of Land Tenure Developments After the Islamic Revolution

□ *Bigard Teymouri (A PhD stud. in Private Law at Islamic Azad Univ., Sanandaj)*

□ *Shahram Muhammadi (Assistant prof. at University of Kurdistan, Sanandaj)*

Social phenomena have arisen with the development of previous phenomena. The legal system and political force are none alone accountable for all social realities and the foundations of the law are formed in the main roots of society and law cannot be analyzed separately from society. The issue of the land tenure is the phenomena that occurred in Iran after the Islamic revolution in the field of legislation which is a kind of rush to provide a solution and respond to the expectations of the revolutionary people by relying on jurisprudential and revolutionary views. The last result of the reasonable men to experiences and by jurisprudence for the benefit of some people in society was the new legislation. The challenges facing the fundamentals of the developments of land tenure have been the reason of discussion in many issues and the records of the subject should be reviewed and adapted in order to analyze it by jurisprudential and legal system. These challenges by identifying the foundations of the developments

creditors in the bankrupt's existing property. The same ruling is also valid regarding the proved financial punishments such as blood money and fines, but there is no obstacle to the effectiveness of the confession regarding the sanction of criminal non-financial executions.

Keywords: *Bankrupt confession, Incapacity of insolvent, Sanctity finance, Claim proof, Imāmiyya (Arabic: امامیة) jurisprudence.*

Renting Shares in the Capital Market and Analyzing it Based on the Nature of Stocks from the Perspective of Jurisprudence and Law

□ *Sayyid Muhammad Aminzadeh*

□ *Assistant professor at Toloue Mehr Qom Higher Education Institute*

Governments and companies use financing tools to expand their economic activities. Islamic securities were designed by Islamic thinkers according to Sharia (Arabic: شريعة, Romanized: shari'a, religious law) restrictions on the use of conventional financial instruments. Lease bonds are currently distributed on the basis of the physical property (tangible asset) of financing applicants. The subject of this article is to investigate the distribution of lease bonds based on shares as an intangible asset. What is challenging about these securities is the jurisprudential-legal explanation of share renting. First, it is necessary for this purpose to analyze the possibility and accuracy of the stock lease according to various analyses of the nature of the shares and then, include the benefits and interests of shares that can be transferred in the form of a lease contract. The stock lease in this paper is discussed by descriptive-analytical method. Accepting share

Keywords: *Anfal* (Arabic: الأَنْفَال, al-'anfāl; earnings, savings, profits, public domain), *Public property*, *Mubahāt* (Arabic: مُبَاهَات, property or rights belonging to no particular person), *Joint ownerships*, *Ownership*, *Reclamation (revival)*, *Taking possession* (Arabic: حِيَاظَة, acquisition).

A Jurisprudential Critique of the Approach of the Islamic Penal Code Regarding Bankrupt Confessions in Criminal Actions

- *Ruhollah Akrami* (Associate professor at University of Qom)
- *Azizullah Fahimi* (Associate professor at University of Qom)

The financial possessions of bankrupt individuals are not legally and jurisprudentially valid in order to protect the rights of creditors. If confession as informing against a person that can have financial effects, done by the bankrupt, its credibility is challenged because of the impact has on creditors. A confession in a criminal action may be made regarding the financial liability resulting from the crime, which the legislator of Islamic punishment in Article 170 has considered it as invalid and if it is based on punishment is valid. The sources of Imāmiyya (Arabic: إِمَامِيَّة) jurisprudence have been examined in the present research by analytical and descriptive method, and it has been concluded that the bankrupt's confession is valid in relation to the confessor, both in criminal matters and in the financial liability resulting from the crime, but in relation to the rights of creditors, although the validity of the confession is based on stronger foundations, but the famous jurists generally do not consider it t for the participation of the beneficiary of confession (Arabic: مَقْرَرٌ لَهُ) with the

The nature of allocating Anfal (Arabic: الأنفال, al-'anfāl; Earnings, Savings, Profits, Public domain) and how they are owned in jurisprudence and law are very important in preserving public wealth and property. The conditions and requirements of the time and place of Occultation (Arabic: غَيْبَة, ghayba) gradually made the jurists to equate the governing nature of Anfal by arguing some reasons, and to consider the personalization of the ownership of the people of the society in the use of Anfal and public property, and their fatwā (Arabic: فتوى; plural fatāwā فتاوى, issuance of a religious verdict) should be noted that there is no need for permission from the qualified jurist of the and Islamic sovereignty to acquire Anfal in Occultation. Continuation of such a trend has many problems and undesirable consequences arise regardless of the governmental and civilizing role of jurisprudence for society in the present time and cause the destruction of many wealth and public property, the increasing destruction of the environment and disruption of the social system. This article has tried to explain the tendency of jurists and authorities to personalize possession of Anfal in the age of occultation and examine its consequences based on descriptive and analytical methods of the documents, and based on evidence; such as the principles of religion, the foundation of wisdom, the nature of Anfal, and the secondary rules of opinion appropriate to the conditions and requirements of the contemporary era; That is, the sovereign ownership of Anfal in the era of occultation and the necessity of obtaining permission from Islamic sovereignty and a comprehensive jurist should present the conditions for the ownership of Anfal and public property along with its foundations and evidence.

the question must be answered which political, intellectual or divine mission was the result of the government formed in Madīnat an-Nabī (lit. 'City of the Prophet' or 'The Prophet's City') after hijra? Naturally, as a result of the discussion, any of the aforementioned forms can play an important role in the political functioning of religion. It is no longer possible to deny the political authority of religion and the Prophet (pbuh), as well as the necessity of continuing this authority for according to the third assumption. However, it is possible to dispute the political authority of the religion and the person of the Prophet (pbuh) in the first and second assumption. The author believes that the Prophet (pbuh) built the government according to God's command (religious duty), and the intellectual and political necessity was merely a confirmation of the Qur'anic proof of the shari'ah (God's law) necessity of the Islamic government, and the author examines this issue in this article by an analytical method.

Keywords: *Prophetic government, Criterion of truth, Rational requirements, Religious (shari'ah) necessity, Power.*

A Review and Critique of the Theory of Personalization of Gaining Ownership of Anfal (Arabic: الأنفال, al-' Anfāl; Earnings, Savings, Profits, Public Domain) and Public Property in Imāmiyya (Arabic: إمامية) Jurisprudence and Law of Iran

- *Abdul Reza Asghari (Assistant professor at Razavi University of Islamic Sciences)*
- *Mahdi Alizadeh (PhD student in Private Law)*

Abstracts

Prophetic Government a Divine Mission or a Rational or Political Necessity?

- *Muhammad Hassan Ashrafi Bajestani (PhD student in Jurisprudence)*
- *M. Reza Kazemi Golvardi (Associate prof. at Islamic Azad Univ., Mashhad)*
- *Ali Asghar Davoudi (Assistant professor at Islamic Azad University, Mashhad)*

The issue of Islamic government and the right of governing and the criterion of legitimacy has been one of the most controversial topics of the Islamic society during its fourteen centuries period. Since such issues cannot be examined regardless of the rule of the Prophet of Islam (pbuh) and his political tradition, therefore, many religious and political scholars have been forced to examine his rule in Medina in issues such as Imamate, Caliphate, government, etc., but they have not been able to reach a unified consensus regarding on its religious or political nature. It seems that in order to solve this problem, first of all,

Table of contents

Prophetic Government a Divine Mission or a Rational or Political Necessity?/ Muhammad Hassan Ashrafi Bajestani & Muhammad Reza Kazemi Golvardi & Ali Asghar Davoudi	3
A Review and Critique of the Theory of Personalization of Gaining Ownership of Anfal (Arabic: الأَنْفَال, al-'Anfāl; Earnings, Savings, Profits, Public Domain) and Public Property in Imāmiyya (Arabic: إمامية) Jurisprudence and Law of Iran Abdul Reza Asghari & Mahdi Alizadeh	21
A Jurisprudential Critique of the Approach of the Islamic Penal Code Regarding Bankrupt Confessions in Criminal Actions/ Ruhollah Akrami & Azizullah Fahimi	47
Renting Shares in the Capital Market and Analyzing it Based on the Nature of Stocks from the Perspective of Jurisprudence and Law/ Sayyid Muhammad Aminzadeh	77
The Challenges Facing the Fundamentals of Land Tenure Developments After the Islamic Revolution/ Bigard Teymouri & Shahram Muhammadi	103
Feasibility of the Prescription (Authorization) of Incomplete Abortion by the Rule of Impediment (Arabic: لا حَرَج, No Difficulties) from the Perspective of Imāmīyyah (Arabic: إمامية) Jurisprudence/ Zohre Hajian Forushani & Muhammad Reza Hamidi	129
Arbitrary (Contractual, Credit) Coercion (Compelling) in the Condition of Legal Omission Muhammad Salehi Mazandarani & Payam Muhammadi Mirazizi	151
Waiver (Abrogating, Abolishing) of the Right to Accept the Occurrence (Contingency) of a New Defect with Compensation (Criticism of Clause 3 of Article 429 of the Civil Code) Muhammad Reza Kaykha & Hamid Moazzeni Bistgani & Marzieh Qasemi	179
A Reflection on the Jurisprudential Ruling of Money Creation Mahdi Mohaqeqian & Sayyid Muhammad Hadi Mahdavi & Ahmad Reza Tavakoli	197
A Review in the Jurisprudential Ruling of Condition of Absence of Marriage Portion in Marriage/ Hamid Masjedsaraie & Sayyid Rasool Mousavi	219
Validation of Unconscionable Conditions and Support of the Weak Party in Unconscionable Contracts in Islamic Jurisprudence, Iranian and Egyptian Law Sayyid Abulqasem Naqibi & Ebrahim Taqizadeh & Adnan Hosseini	239
Feasibility Study of Liability of Bayt al-Māl (Arabic: بيت المال, Public Treasury) for Paying the Bodily Damages Caused by People Who Had No Intention to Act Hossein Houshmand Firuzabadi & Ehsan Yavari & Hassan Naqidian	271
Translation of Abstracts:	
Arabic Translation/ Hamid Abbaszadeh	301
English Translation/ Muhammad Hossein Golyari	326

صاحب امتیاز: **فصلنامه علمی پژوهشی**
مدیر مسئول: علی خیاط

سر دبیر: محمد حسن 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 محمد حسن حائری (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)

دکتر حسین صفایی (استاد دانشگاه علوم اسلامی رضوی)

دکتر محمد تقی فخلعی (استاد دانشگاه فردوسی مشهد)

دکتر محسن ملک افضلی اردکانی (استاد جامعه المصطفی العالمیه)

دکتر محمد صادق موسوی (دانشیار دانشگاه شهید مطهری)

دکتر سید ابوالقاسم نقیبی (دانشیار دانشگاه شهید مطهری)



مشاوران علمی این شماره (به ترتیب حروف الفبا):

دکتر احمد احمدی / حجة الاسلام دکتر سید مهدی احمدی نیک / دکتر امین

امیرحسینی / حجة الاسلام دکتر جواد ابروانی / دکتر صدیقه حاتمی / حجة الاسلام

دکتر سید ابوالقاسم حسینی زیدی / دکتر موسی حکیمی صدر / دکتر سعید

خردمندی / دکتر مصطفی رجائی پور / دکتر ابوالفضل علیشاهی قلعه جوقی / دکتر

محمد رضا غلام پور / دکتر محمد تقی فخلعی / دکتر سید محسن قائمی خرق / دکتر

محمد رضا قائمی نیک / دکتر محمد هادی قبولی درافشان / دکتر حجت مبین /

دکتر مرتضی مرتضوی / حجة الاسلام دکتر احمد مروراید / حجة الاسلام دکتر

حسین نصرتی / حجة الاسلام دکتر سید مهدی نقیبی / حجة الاسلام دکتر

غلامرضا یزدانی



تأییدیه علمی پژوهشی:

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

(وزارت علوم، تحقیقات و فناوری) در تاریخ ۱۳۹۱/۵/۱۸ و به شماره ۱۲۳۹۲۱ از

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

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

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

«آرای نویسندگان مقالات لزوماً دیدگاه مجله نیست.»

«نقل مطالب مجله با ذکر مأخذ بلامانع است.»

آموزه‌های فقه مدنی

پاییز - زمستان ۱۴۰۱، شماره ۲۶



کارشناس مسئول
اسماعیل شفیعی

کارشناس اجرایی
علی برهان‌زهی

نحوه انتشار
به صورت الکترونیکی در وبگاه
<https://razaviac.razavi.ir>

ارتباط با کارشناس
«تماس با ما» در سامانه نشریات

نشانی پستی
مشهد، ص پ ۴۶۱-۹۱۷۳۵

رایانامه
razaviunmag@gmail.com

***The Scientific Research Journal of
Razavi University of Islamic Sciences***

Civil Jurisprudence Doctrines

No. 26

Autumn 2022 & Winter 2023



Proprietor:

Razavi University of Islamic
Sciences

Managing Director:

A. Khayyat

Editor -in- Chief:

M. H. Haeri

Executive Chief:

E. Shafiei

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: <https://razaviac.razavi.ir>

E.mail: razaviunmag@gmail.com